DISSERTATIO JURIDICA
INAUGURALIS,

DE

MULIERE IN MANU ET IN TUTELA SECUNDUM GAJI VERONENSIS INSTITUTIONUM PRINCIPIA.

DISSERTATIO JURIDICA
INAUGURALIS,

DE

MULIERE IN MANU ET IN TUTELA SECUNDUM GAJI VERONENSIS INSTITUTIONUM PRINCIPIA.

QUAM,
ANNUENTE SUMMO NUMINE,
EX AUCTORITATE RECTORIS MAGNIFICI,
MATTHIAE SIEGENBEEK,
A. L. M. ET PHIL. DOCT.
LITT. BELGICARUM ET HIST. PATRIAE PROF. ORDIN.,
NEC NON
AMPLISSIMI SENATUS ACADEMICI CONSENSU,
ET
NOBILISSIMAE FACULTATIS JURIDICAE DECRETO,
PRO GRADU DOCTORATUS,
SUMMISQUE IN JURE ROMANO ET HODIERNO
HONORIBUS AC PRIVILEGIIS,
IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA,
RITE ET LEGITIME CONSEQUENDIS,
PUBLICO AC SOLEMNI EXAMINI SUBMITTIT

JANUS MARIA VAN MAANEN,
HARDEROVICENSIS.

Ethuschke.

Ad diem XV. *Novembris* MDCCCXXIII. *Horâ* X—XI.
IN AUDITORIO MAJORI.

LUGDUNI BATAVORUM,
APUD C. G. MENZEL,
MDCCCXXIII.

PATRI OPTIMO

CARISSIMO

SACRUM.

„ In potestate quidem et masculi et feminae esse so-
„ lent; in manum autem feminae tantum conveniunt.
„ Olim itaque tribus modis in manum conveniebant:
„ usu, farreo, coëmptione."

GAJUS I. §. 109 et 110.

„ Si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et
„ ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit
„ habere tutorem, filia vero nihilominus in tutela per-
„ manet."

GAJUS I. §. 145.

„ Apud peregrinos non similiter, ut aput nos, in tu-
„ tela sunt feminae.

GAJUS I. §. 193.

PRAEFATIO.

A quo tempore varias quae ad Juris disciplinam pertinent partes excolere coepi, eum mihi semper proposui finem, ut, si aliquando meorum progressuum specimen ederem, ejusmodi ad disserendum eligerem argumentum, quod tam ad Juris Romani antiquitatem, quam ad ipsum Jus Civile spectaret: cui fini omnino convenientem esse opinor disputationem hanc de

M U

quam, (quum ex tanta argumentorum quae est in universa Jurisprudentia ubertate, aliquod viribus meis haud impar invenire, difficillimum duxissem,) mihi indicare non indignatus est Cl. VAN ASSEN, *qui mihi, dum hoc ipsum specimen conscriberem, saluberrimis adfuit consiliis, quique suis optimis monitis atque amicis praeceptis, me omni modo sibi adstrinxit.*

In GAJO *Veronensi, quem secuti sumus, quum multae occurrant lacunae, verum indagare verborum sensum saepius fuit difficile: interdum tamen aut superiora aut sequentia* GAJI *verba nobis auxilio fuerunt: hinc etiam nonnullos corruptos locos propriis* GAJI *fere verbis, sed alibi occurrentibus, ita supplevimus, uti nobis commode legi et suppleri posse viderentur, quamvis non negaverim hic illic plura fortasse fuisse interpolata, quam ipse* GAJUS *in corrupto illo loco videatur adhibuisse.*

Sed

Sed a GAJI *mente, quo maxime respiciendum erat, conjecturas meas non aberrare speraverim.*

Huic praefationi antequam finem imponam, ne omnibus illis beneficiis, quibus per quadriennium in hac Academia frui mihi contigit, indignum me quis dicat. Cll. Praeceptorum benevolentiam commemorare, measque gratias exprimere velim: in primis venerando Seni Cl. M. TYDEMAN, *cujus tot sunt merita, ut ineptus videri deberem, si omnia illa enumerare conarer: sed cujus in me collata beneficia tot et tanta sunt, ut fere nesciam, quid magis laudandum habeam ejusne humanitatem, qua mihi aditum ad se patefecit, an benevolentiam in libris, quos utendos rogabam, commodandis, an sinceritatem in consiliis dandis; quibus pro omnibus omnino grata verba mihi deficiunt, quae aut meam erga eum affectionem, aut honorem, quem illi semper habiturus sum, exprimere possunt.*

Neque magis mihi verba suppetunt, quibus Promotori aestumacissimo, Cl. viro H. W. TYDEMAN *debitas gratias agam pro humanitate*

qua

qua me semper excepit, pro comitate, qua in hisce studiorum meorum primitiis edendis, mihi adfuit.

Te quoque Cl. KEMPER, *in Academia quondam Harderovicensi Patris mei amantissimi collegam conjunctissimum, in juris naturae atque publici studiis ducem mihi fuisse, gratissimus sempe recordabor: dum pro institutionibus egregiis, omnibusque benevolentiae testimoniis candido animo justas tibi offero gratias.*

Nec vero, quod te ultimo loco memorem, Cl. SMALLENBURG, *arbitreris, me non tanti tuas de Jure Civili Romano atque Hodierno lectiones duxisse, quanti re vera mihi profuisse semper lubens agnoscam: dum semper gaudium mihi erit, te tua amicitia atque benevolentia me non indignum judicasse.*

ORDO DISSERTATIONIS.

CAPUT PRIMUM.

CAPUT SECUNDUM.

EPI-

EPILOGUS.

CAPUT TERTIUM.

CAPUT QUARTUM.

DISSERTATIO JURIDICA INAUGURALIS,

DE

MULIERE IN MANU ET IN TUTELA SECUNDUM GAJI VERONENSIS INSTITUTIONUM PRINCIPIA.

CAPUT I.

DE MULIERE IN MANU.

Uxorem in manu ac potestate esse mariti, inter ejus liberos, *suos heredes*, filiae loco haberi, et tamquam unam ex illis ex aequo defuncti conjugis bonorum esse participem, id valde est singulare, nec forte apud alias gentes obvium, aut frequentatum. Imo cum apud ipsos Romanos haec maritorum potestas non diu steterit, nec, aliis postea moribus invectis, juri nunc Romanorum novissimo congruat, haec materies densis tenebris est involuta

et tantum non oblivioni tradita. Ritu enim in manum conventionis obsoleto, uxores non amplius maritis poterant esse *suae heredes*, nec tamquam filiae familias succedere, nec mariti etiam, tamquam patres familias bona defunctae uxoris retinere: unde Praetor superstiti conjugi accommodavit edictum suum *unde vir et uxor:* quo, post deficientes cognatos, ad successionem conjugis vocabatur conjux: Cf. *l. un. ff. unde vir et uxor.* et §§. 2, 3 et 4. *Inst. de bon. poss.:* quod honorarium jus confirmatur jure civili in *lege Cod. unica. unde vir et uxor:* quo admittuntur conjuges post deficientes propinquos, fisco excluso (1). Ritus autem illi, (quibus mulieres in viri manus conuenire solebant) ex antiquitate erant cognoscendi, donec ex Gaji Veronensis Institutionibus nuper repertis, atque editis, certi aliquid hac de re constaret, cum non solum illos ritus describat, verum etiam quot fuerint modi, indicat: qua de re huc usque valde dubitatum fuit atque disputatum. Veterum autem de illis ritibus loca operose interpretantur BRISSONIUS. *De ritu nuptiarum*, et HOTOMANUS *De vetere ritu nuptiarum*, et si qui alii de ritu nuptiarum scripserunt: sed ita, ut in re obscura, multisque involutâ tenebris, plerique, quum rem intellectu facilem reddere vellent, illud effecerint, ut intelligamus nihil: quin imo adhuc nihil intelligeremus, nisi hosce ritus ab oblivione vindicasset Gajus noster Veronensis. Quamvis vero, tres modos quibus feminae in viri manus conveniebant,

(1) In titulo *ff.* qui inscribitur *de ritu nuptiarum.* non adeo de ipso ritu, quam potius de jure nuptiarum agitur.

bant, sc. *confarreationem*, *coëmtionem*, et *usum* diserte recenseant multi, praeter BRISSONIUM et HOTOMANUM (2); tamen non defuerunt, qui duos tantum modos esse existimarent, quique confarreationem et coëmtionem pro uno eodemque ritu haberent (3). Priores vero Scriptores in eo cum Gajo conveniunt, quod ille etiam tres modos recenset: ait enim Comm. I. §. 110. „ *Olim itaque tribus* „ *modis in manum conveniebant: usu, farreo, co-* „ *ëmptione.*" Posteriores vero in eo, quod paulo post unum horum rituum in desuetudinem abiisse narrat, itaque duos tantum superesse modos, nempe *confarreationem* et *coëmtionem*, quique igitur modi, non ut nonnulli existimabant, pro uno eodemque ritu tenendi sunt (4): et rursus posteriores illi scriptores a Gajo nostro in eo differunt, quod hi *usum* sem-

(2) Cf. ARNOB. *Disp. ad. Gent.* IV. *pag.* 140. SERVIUS ad VIRG. *Georg.* I. 31. BOËTH. *ad* CICERONIS *Top.* II. *c.* 3.

(3) Cf. HUBERUS *Praelect. ff, n.* 2 *d. R. N. et Digress. p.* 2. *lib.* 1. *c.* 17. N°. 5.

(4) Ut inter alios HEINECCIUS *Ant. Rom. Lib.* I. *Inst. Tit.* 10. §. 10. ubi dicit: „ CICERO certe pro Flacco *Cap.* 34. „ modos recensens, quibus in manum conveniebatur, confarreationis plane non meminit, sed coëmtionis et usus, eam „ sane haud omissurus, si re ipsa inter confarreationem et „ coëmtionem quaedam fuisset differentia." Ob eumdem CICERONIS locum, confarreatione in manum conveniri posse etiam negavit D'ARNAUD *Var. conj.* I. *Cap.* 28. Farre enim exceptis pontificibus tam raro in manum conventum esse ut eam memorare superfluum videri potuisset. Nec tamen eorum sententia admittenda videtur adversus manifestam Gaji et ULPIANI auctoritatem. Cf. GRUPEN. *de uxore Rom. Cap.* 4 §. 18. et HEINECC. *Ant.* 1. *Tit.* 10. §. 1.

semper videntur agnovisse, ille vero huncce ritum in desuetudinem abiisse, sed olim tantum extitisse, plane et perspicue tradit (5).

Potestatem duplicem esse scimus, alteram in servos, in liberos alteram: ad hujus imitationem introducta est manus, ad illam in liberis personis leniendam excogitatum fuit mancipium. Manus dicenda videtur „ *Jus, quod habet civis Romanus in uxorem, quam* „ *ex jure Quiritium duxit, quaeque ei filiae loco* „ *est.*" Ejus acquisitio dicitur *in manum conventio*, cujus varii sunt effectus, ut postea videbimus.

Nunc vero, hisce praemissis, ritus ipsi nobis erunt explicandi, et ita quidem ut paucis dicamus quid GAJUS quoad hosce ritus describendos referat, et deinde quid veteres scriptores hac de re tradiderint, ut ita nobis perspicuum fiat, quatenus in ritibus hisce describendis veteres scriptores cum GAJO nostro convenerint.

§. 1.

De Farreo.

GAJUS *Libro* I. §. 112. dicit. „ *Farreo in ma-* „ *num conveniunt* per *quoddam genus sacrificii* „ * * * * * * * * * * *quo farreus panis adhibetur:* „ *unde etiam confarreatio dicitur.* Sed com*plura* „ *praeterea hujus juris ordinandi gratia cum cer-* „ *tis*

(5) Cf. Gajus *Comm.* I. §. 111. ubi ait: „ *Set totum* „ *hoc jus* (sc. usu in manum conveniendi) *partim legibus* „ *sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.*"

„ *tis et solemnibus verbis*, *praesentibus decem tes-*
„ *tibus aguntur et fiunt. Quod jus etiam nostris*
„ *temporibus in usu est: nam Flamines majores*,
„ *id est*, *Diales*, *Martiales*, *Quirinales* * * * * * *
„ *sacrorum*, *nisi* * * * * * * * * * * * * *confar-*
„ *reatio.*" *

Hicce GAJI locus, quum non integer sit, et duae ibi lacunae occurrant, non nisi perscrutatis antea veterum scriptorum, de illo in manus conveniendi modo, locis, rite erat intelligendus, et explicandus. Attamen hisce peractis, si nunc bene attendamus ad ea quae veteres tradiderunt, tunc sane in integrum locus quodammodo restitui posse videtur: GAJUS enim confarreationem dicit genus quoddam sacrificii, quo farreus panis adhibetur: quae ultima verba videntur esse ulterior praecedentium definitio; sed quae praecedentia periere, quaeque tamen ita fortasse sunt restituenda, ut legamus: „ *Farreo in manum* „ *conveniunt per quoddam genus sacrificii*, in quo „ utuntur farreo, id est in *quo farreus panis adhi-* „ *betur.*" Uti ex ULP. *fragm. tit.* 9. conjicere licet. Ceteris vero enumeratis solemnitatibus, quae huic confarreandi ritui propriae erant, GAJUS probare pergit illud jus, suis temporibus, adhuc in usu esse: et hoc loco altera occurrit lacuna, ita ut schedula non nisi pauca verba ante oculos ponat. Quamvis neque nostrum sit propositum, aut obscuriora GAJI loca emendare, aut nonnullas dare conjecturas, et opus praeterea tam difficile juvenilibus viribus vix conveniat, liceat tamen mihi lacunam illam ita supplere, ut legamus. „ *Nam flamines maiores*, *id* „ *est*, *Diales*, *Martiales*, *Quirinales*, * * * Re-

 „ ges

„ ges *Sacrorum*, (ex conjectura Cl. SAVIGNY) „ *nisi* hoc modo, matrimonium inire non poterant, „ quando per *confarreationem*, aut farreatis nup„ tiis, juncti dicebantur." Id mihi GAJUS voluisse videtur. Quod autem ad veteres scriptores attinet, qui quaedam de confarreatione tradiderunt, illi fere quod ad solemnitates cum GAJO conveniunt.

Confarreatio enim, ritus, a Romulo institutus (6), teste PLINIO XVIII. 2. valde religiosus fuit, et non tantum solis pontificibus convenit, sed omni populo Romano erat communis (7). Qua in re multae adhibebantur solemnitates, quas ULPIANUS *fragm. tit.* 9. tangit, dicens, „ *Farre convenitur in ma-* „ *num certis verbis, et testibus decem praesentibus,* „ *et solemni sacrificio facto, in quo panis quoque* „ *farreus adhibetur.*" Iisdem igitur et fere totidem verbis dicit ULPIANUS, quae GAJUS; attamen neque UL-

(6) In dubium id vocat JAC. RAEVARDUS ad XII. *Tabb.* XXI. *pag.* 95. ob locum PLINII *Hist. Nat.* XVIII. 2. in quo usus farris in Sacrificiis a Numa demum inventus dicitur: sed falsum id esse ex CATONIS fragmento patet apud SERVIUM ad VIRG. *Aen.* X. *vs.* 541. ubi Cf. HEINSII *Epist.* ad BALSAC. *pag.* 185. unde patet, jam ante Romuli tempora farris usum in Latio fuisse receptissimum: Cf. *Doct. de* RANITZ *Disp. Hist. Jur. de lege sacra Romuli de nuptiis pag.* 8. et quos plures citat GRUPEN. *de uxor. Rom.* IV. §. 14.

(7) Aliter sentiunt BOËTHIUS *in Top. Cic.* III. et ALEXAND. ab ALEXAND. *Genial. Dier.* II. 5. DALECHAMP. ad PLINII *Hist. Nat.* XVIII. 3. et quos plures citat GRUPEN *de uxor. Rom.* IV. §. 22. Inter alios qui existimant huncce ritum omnibus civibus Romanis communem fuisse, Cf. DIONYS. HALIC. II. *pag.* 95. *et* TAC. *Ann.* IV., 16. et in primis HEINECC. *Ant. Rom. ad Inst.* I. 10. §. 3. ubi ultimam hanc sententiam defendere conatus est.

ULPIANUS aut solemnia verba, aut solemnitates ipsas commemorat, quas SERVIUS in *lib.* I. *Georg.* refert quum ait, „*Farre, cum per Pontificem Maximum et Dialem Flaminem, per fruges, et molam salsam conjungebantur, unde confarreatio appellatur*" *etc.* Et *lib.* IV. *Aeneid.* dicit: „*Mos apud veteres fuit Flamini ac Flaminicae, ut quum per farreationem in nuptias convenirent, sellas duas jugatas, ovili pelle super injecta, ponerent, ejus ovis quae hostia fuisset; et ibi nubentes velatis capitibus in confarreatione Flamen ac Flaminica residerent.*" Dum paulo ante dixit: „*Quae conventio eo ritu perficitur, ut aqua et igni, duobus maximis elementis, adhibitis, natura conjuncta habeatur, quae res ad farreatas nuptias pertinet, quibus Flaminem ac Flaminicam jure Pontificio in matrimonium necesse est convenire*" (8).

Ceterum quamvis GAJUS hoc loco nil monuerit de modo quo connubium confarreatione contractum dissolvi potest, tamen non abs re puto si quaedam de diffarreatione subjiciantur; quae diffarreatio divortiorum solemnis modus est, et Romanorum vetustissimus, quo uxor quae per sacrificium, in quo et panis farreus adhibebatur, in manum convenerat, contrario et admodum tristi ritu a marito divellebatur. Dicta est diffarreatio, quia fiebat farreo libo ad-

(8.) Quod adhiberetur aqua et ignis, non tam confarreationis illud proprium fuisse sed et ceterarum nuptiarum apparet ex *lege pen. ff. de don. inter vir. et uxor.* ubi Cf. GOTHOFREDUS: plura exempla vide apud BRISSON. *de ritu nupt.*

adhibito (9), adeo ut non nisi contrario sacrificio vinculum illud confarreationis dissolveretur, quae observatio PITHOEÏ est in notis ad *Coll. legg. Mos. et Rom.* XVI. §. 2. N°. 5. confirmata a Cl. SCHULTINGIO ad ULP. *tit.* IX. N°. 2. PLUTARCHUS ritum in flaminis ac flaminicae divortio adhibitum, describens, narrat, sacerdotes, qui, quum ejusmodi matrimonium dissolveretur, aderant, multa horrenda, tristia et inaudita fecisse (10), dum paulo ante narrat, „ *antea flaminibus cum nefas esset, uxores* „ *a se dimittere, rescripto id primum permisisse* „ *Domitianum.*"

Talem confarreationis ritum descripserunt veteres, inter quos TACITUS *Ann.* IV. 16. qui praeterea addit, TIBERIO Imperatore confarreandi modum esse omissum, aut inter paucos retentum, pluresque ejus rei causas adfert: potissimum penes virorum feminarumque incuriam: accederunt ipsius caerimoniae difficultates, quae consulto vitarentur: studium item patriae potestatis conservandae, impensarum magnitudinem, et maxime denique ob gratissimam utrisque divortiorum licentiam: eodem vero modo res sese habebat GAJI et ULPIANI aetate, ut recepto demum Christi cultu, abolevisse videatur.

(9) Cf. FESTUS in voce *diffarreatio pag.* 230.

(10) Cf. PLUTARCH. Quaest. Rom. II. *pag.* 276. ubi legimus. οἱ δὲ ἱερεῖς παρεγένοντο τῇ τῦ γάμου διαλύσει πολλὰ φρικώδη, καὶ ἀλλόκοτα καὶ σκυθρωπὰ δρῶντες.

§.

§. 2.

De Coëmtione.

In Coëmtionis ritu describendo GAJUS sequentia refert *Comm.* I. §. 113. „ Coëmptione in *manum* „ *conveniunt per mancipationem*, id est, *per quam-* „ *dam imaginariam venditionem*, adhi*bitis non mi-* „ *nus quam* V. *testibus*, *civibus Romanis*, *pube-* „ *ribus*, *item libripende*, praeter *mulierem*, *eum-* „ que *cujus in manum convenit*."

GAJUS prae ceteris omnibus scriptoribus veteribus accurate hunc coëmtionis ritum exposuit. Profecto etiam hi dicunt certis peragi solitam fuisse coëmtionem solemnitatibus; sed nemo eorum testium numerum commemoravit, quod eo magis mirandum quoniam et proprium coëmtionis illud videtur, et hac in re a confarreatione differt. In confarreatione enim numerus 10. testium requirebatur.

Quod libripens in coëmtione adhibebatur, illud SERVIUS (11) etiam commemorat dicens, „ *Coëmtio* „ *enim est*, *ubi libra atque aes adhibetur*, *et* „ *mulier atque vir inter sese quasi emtionem fa-* „ *ciunt*." Attamen nemo quantum scimus his solemnitatibus majorem lucem affudit, quam Nonius Marcellus *de propriet. Sermon.* XII. 50. cujus verba ob hanc rationem hic dabimus integra, „ *nu-* „ *bentes* inquit, *veteri lege Romana asses tres ad* „ *ma-*

(11) Ad VIRG. *Aeneid.* IV. *vs.* 211. Cf. porro PETR. FABER *ad leg.* 16. *de Reg. Jur. pag.* 97. *seqq.* CICERO *de Orat.* I. 56. et GAJUS Comm. I. 113. 119.

„ *tionem facere mulier non solum cum marito suo*, „ *sed etiam cum extraneo:* quando *aut matrimo-* „ *nii causa facta coëmptio dicitur*, *aut fiduciae* „ *causa* (14): quae *enim cum marito suo facit* „ *coëmptionem*, (*ut*) *apud eum filiae loco sit*, *dici-* „ *tur matrimonii causa fecisse coëmptionem; quae* „ *vero alterius rei causa facit coëmptionem cum* „ *extraneo*, *velut tutelae evitandae causa*, *dicitur* „ *fiduciae causa*, *fecisse coëmptionem*" (15).

Hoc igitur loco docetur mulieres filiae loco fuisse, quae cum marito suo coëmtionem fecerant, quod praeterea ex multis aliis GAJI locis perspicuum est: Sic v. g. *Comm.* I. §. 136. ait, „ *nec interest*, *an* „ *in viri sui manu sint* aut *extranei*, quamvis „ *hae solae loco filiarum habeantur*, *quae in viri* „ *manu sunt:*" dum *Comm.* II. §. 158. 159. dicit, „ *Sed his* (suis heredibus) *Praetor permittit ab-* „ *stinere se ab hereditate*, *ut potius parentis bona* „ *veneant. Idem juris est et* (in) *uxoris persona*, „*quae in manu est*, *quia filiae loco est.*"

Sequenti deinde §. 115. utriusque coëmtionis §. 114. memoratae differentiam ostendit GAJUS: hic tamen locus

(14) Vox *quando* apud GAJUM non reperitur, sed hujusmodi quid sensus mihi requirere videtur.

(15) Tutelae evitandae causa fiebat coëmtio, quando mulier, quae in tutela erat, extranei cujusdam in manum conveniebat, et ab ipso remancipabatur alii, cui ipsa vellet, qui illam vindicta manumitteret, et tutor fieret ejus fiduciarius. Cf. GAJUS *Comm.* I. §§. 115. Omnis is appellabatur tutor fiduciarius, qui ex manumissione liberi capitis sibi mancipati vel a parente, vel a coëmptore, ad similitudinem patroni tutor efficiebatur, ut diserte ULP. *Fragm.* XI. § 5. tradit.

cus rursus adeo corruptus est, ut praetermittendus sane esset, nisi ex aliis GAJI locis quodammodo fortasse esset explicandus.

Duobus modis quibus mulier coëmtionem facere potest, memoratis, in hac §. dicit, quid sit *fiduciae causa* facere coëmtionem: ait enim GAJUS (nam, ut recte dijudicare possimus, totum quamvis corruptum locum prius describere debemus) „*quod est* „*tale: si qua velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur* * * * * * * *coëmptionem facit; deinde a coëmptionatore remancipata* „*ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum tutorem habere, quem* vult: *qui* „*tutor fiduciarius dicitur*, ut ex *inferioribus* „* * * * * * * * * * * * * * * * * * * *fiduciaria fiebat coëmptio* * * * * * * * * * * * * * * *faciendi* „*jus habebant, exceptis qui*bus*dam personis*, quam „*si coëmptionem fecisse*nt, re*mancipataequ*e et manumissae *fuissent: set hanc nece*ss*ita*tem *coëmptionis facienda*e * * * * * * * * * * * * * * * * * * * „* * * * * * * * * * * * * * * * * * * *in manum* * * * * „* *."

Ex I. §. 195. HOLLWEGIUS conjecit, verba *illis auctoribus* post verbum *nanciscatur* esse reponenda: quod re vera aliquem habet veritatis colorem: GAJUS enim ibi monet, libertinam alterius generis tutorem pluribus modis habere posse, quod exemplis illustrat.

Ceterum paragraphus haec valde corrupta est, et non nisi ex laudatis §§. HOLLWEGIO locus pertinere visus est ad legitimos tutores, quos mulieres antiquioribus temporibus fere omnes habebant; sine qui-

quibus non nisi perpauca gerere aut facere poterant, unde illis temporibus frequens erat fiduciaria coëmtio, quae tamen post legem CLAUDIAM, qua agnatorum tutelae in feminis sublatae sunt, diminuta est.

Quemadmodum vero nuptiae, confarreationis ritu contractae, diffarreatione: ita factae per coëmtionem, remancipatione dissolvebantur (16).

Quae enim in manum ac plenam mariti potestatem convenerat, et viro filiae loco, liberis sororis loco erat, ea insequentibus temporibus videtur de manu ac potestate mariti iterum potuisse dimitti; quamvis enim illa, quae ex sacris legibus viro in manum convenisset, primis temporibus, ut ex DIONYSIO constat, inseparabilis conjugii vinculo cum marito conjungeretur, nihilque esset, quod has nuptias dissolvere posset, videtur tamen non solum in his posteriori aetate, diffarreatio, sed etiam in omni conventione in manum mancipatio admissa, qua uxor tamquam filia iterum e potestate viri ejusque manu mitteretur. Cf. Cl. SAVIGNY *über die Sacra privata der Römer*, *in ejus Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Band.* 2. *Heft.* 3. *pag* 362. *seqq.*

Praeterquam enim quod nihil tam naturale est, quam unumquodque eo modo dissolvi, quo colligatum est *lex* 35. *ff. de Reg. jur.* omniaque quae in jure contrahuntur, contrario jure perire, *l.* 100. *ff. de Reg. Jur.* remancipationis hujusmodi disertis verbis meminit FESTUS *in voce pag.* 403. „*Remancipatam* GALLUS AELIUS *esse ait*, *quae man-*

„ *ci-*

(16) Quod ex FESTO probat RAEVARDUS ad *legg.* XII. *Tabb. pag.* 98. *seq. Tom.* I. *Oper.*

„ *cipata sit ab eo, cui in manum convenerat.*" Ita sane CATONEM Uticensem uxorem MARCIAM praesentem despondisse HORTENSIO, refert PLUTARCHUS in CATONE (17).

Denique ex Euripide in Medea vs. 232. et ARISTOTELE *Polit.* II. 8. notum est, huncce coëmtionis ritum apud Graecos etiam valuisse. Sed non solum apud Graecos et Romanos solemnis hicce ritus in usu fuit, verum et antea apud Hebraeos; postea apud Germanos quoque valuit (18).

§. 3.

De Usu.

Hac de re in XII. Tabulis jam cautum fuerat, ubi legimus, „ *mulier, quamvis sine legibus viro* „ *juncta, si uno anno sine usurpatione, id est,* „ *interruptione trinoctii, apud unum virum fue-* „ *rit, usucapta esto.*" Idque totidem verbis GAJUS *Comm.* I. §. 111. etiam refert, quando dicit: „ *Usu in manum conveniebat, quae anno conti-* „ *nuo nupta perseverabat: nam velut annua pos-* „ *sessione usucapiebatur, in familiam viri transibat,* „ *filiaeque locum optinebat: itaque lege duodecim* „ *tabularum cautum* erat, *si qua nollet eo modo* „ *in*

(17) Plura exempla occurrunt apud TACIT. *Ann.* V. 1. et DIONEM XLVIII.

(18) De Hebraeis Cf. *Genes.* XXXI. 14. XXX. IV. 12. et I *Sam.* XVIII. 24. De Germanis Cf. TACIT. de moribus German. XVIII. Ceterum de coëmtione conferri meretur *Gundling. Diss. de coemtione uxoris* IX. 1.

„ *in manum mariti conve*nire, ut quotan*nis tri-*
„ *noctio abesset, atque* ita usum *cujusque anni*
„ *interrumperet : set totum hoc jus partim legibus*
„ *sublatum est, partim ipsa desuetudine oblittera-*
„ *tum est.*"

Et sane mulieres usucapi quoque ut ceteras res mobiles voluit lex XII. *Tabb.* (19) id est legitimum jus familiae acquiri in uxorem, quae per annum continuum matrimonii causa apud virum fuisset, nisi tamen tribus noctibus in anno a viro abfuisset, quo casu usurpata, id est interrupta foret usucapio (20). Si itaque uxor nollet in manum convenire instrumenta quidem dotalia conficiebantur, et domum deducebatur. Sed dabat operam, ut saltem tres noctes a marito abesset. Ita mulieres aequiparantur rebus mobilibus, quarum annua erat usucapio, unde D'ARNAUD *L.* I. *Cap.* 27. colligit, hoc modo in manum non convenisse mulieres sui juris in tutela. Dubitari itaque nequit, quin et usu uxor convenerit in manum mariti, vel in ejusdem potestatem redacta sit, quod satis clare quoque locus CICERONIS pro FLACCO *Cap.* 34. mihi indicare videtur.

Hanc legitimi matrimonii rationem antiquissimam fuisse et a raptu illo Sabinarum initium sumsisse JACOBUS RAEVARDUS arbitratur: quem raptum, quia fe-

(19) Cf. Tabula *6. legg.* XII. *tabb.* de dominio et possessione, apud BACHIUM *Hist. Jurispr. Roman.* I, 2. *pag.* 52.

(20) Cf. GELLIUS *Noct. Att.* III. 2. HEINECCIUS *Ant. Rom. ad Tit. Inst. de nuptiis* §. 14. PERIZONIUS ad Sanctii Minerv. *pag.* 855. BRISSONIUS de ritu nupt. *pag.* 304. *et* GAJUS *Comm.* I. §. 111.

felicitet Romulo successerat, ideo institutum ab eodem rege fuisse putat, ut non vero, sed simulato quodam raptu, omnis legitimi connubii ritus perageretur: quo quidem tempore ea fuisse videtur matrimonii contrahendi ratio, ut quisque virginem a gremio matris, aut a proxima necessitudine, vi simulata raptam, non aliter usu suam faceret, quam Romana pubes Sabinas olim virgines suas usu fecit (22).

Quod ad possessionis usurpationem, hancce a feminis Romanis tunc temporis nondum quaesitam fuisse, ne in familiam potestatemque mariti transirent, existimat Cl. HUGO: et usu maxime venisse ne exirent e familia parentis, et hujus hereditate legitima destituerentur, sed ut hanc prius ad maritum liberosque suos afferrent, deinde se usucapi paterentur, et in familiam convenirent.

Sequentibus autem rei Romanae temporibus non amplius in manum familiamque mariti convenire solebant uxores, adeoque liberorum suorum non erant agnatae, sed cognatae tantum, quare ad successionem ab intestato matrum et liberorum confirmandam, opus fuit peculiaribus legibus, quae inveniuntur *Inst.* III .3. *et* 4.

Hinc etiam in jure JUSTINIANEO nihil occurrit de uxorum in manum conventione ejusque effectibus (23). Modi enim quibus acquirebatur, antiquati fuerant.

que

(21) Cf. RAEVARDUS in *Comm.* XII. *Tabb. Cap.* 21. *De Simulata virginis rapiundae vi.* Cf. APULEJUS *de Asino aureo* IV.

(22) Cf. ULPIAN. *fragm. Tit.* 9. in SCHULTING. Jurispr. Ante et ad JUSTIN. adn. *l. l.*

In Pandectis autem vix ulla hujus juris vestigia supersunt, et videntur mulieres, postquam auctae sunt Romae opes, ac emolliti mores, non ita amplius voluisse sese et sua omnia maritis subjicere; sed simpliciter nuptias contrahere sive in matrimonium convenire; quo sensu dixit GELLIUS *Noct. Att.* XVIII. 6. matronam dictam proprie *quae in matrimonium cum viro convenisset*, quam distinguit ab ea, quae in manu erat mancipioque: et ARNOBIUS (24) dicit, *cum in matrimonia convenitis:* quin et CICERO in *Top.* 3. distinguit inter eas, quae in manum convenerunt, et quae uxores tantummodo habentur.

Mulieres denique quae usu matrimonium inierant, revera capite minuebantur, quoniam in familiam mariti et in sui heredis locum veniebant: GELLIUS *Noct. Att. l. l. et* ULPIAN. *Tit.* 23. nec non in mariti potestatem; ALEXANDER ad GAJI *Libr.* II. *Tit.* 8. *pr. litt. N.*

Nempe haec eo nituntur fundamento, quod *possessio* quam veteres dicebant *usum*, legitimus esset dominii adipiscendi modus.

Quae matrimonio juncta esse volebat, in manum convenire nolebat mulier si jam ex lege XII *Tadb.* usurpatum isset, debebat usucapionem interrumpere, non quovis indicio voluntatis, sed ipso suo discessu, non quolibet, sed trinoctiali, et quidem antequam sequens et novus annus exordiretur, sic impleto, ut etiam singula momenta computarentur, colli-

(23) Adv. *Gentil.* II. *pag.* 91. Sic quoque loquitur SERVIUS ad Virgil. *Aen.* IV. *vs.* 103.

ligente ex doctrina Q. MUTII, BALDUINO *in Scaevola pag.* 289.

Sed, ut ad GAJUM nostrum redeamus, ex ejus §. 111. uti ex praecedenti §. 109. abunde praeterea patet in manum feminas tantum convenire; et contra in potestate tam masculos quam feminas esse solere: quam quidem distinctionem non omnes JCti observasse videntur (24). Personarum enim divisio secundum GAJUM sequentem obtinet ordinem, quod sc. I°. Omnes homines aut liberi sunt aut servi: Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 9. liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini: §. 10. Rursus libertinorum tria sunt genera: nam cives Romani, aut Latini, aut Dediticiorum sunt numero §. 12. II°. Altera personarum divisio est, quod quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri subjectae: §. 48. quarum personarum, quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt: §. 49. In potestate autem v. g. sunt, servi dominorum §. 52. liberi nostri quos justis nuptiis procreavimus, §. 55. In manum autem feminae tantum conveniunt: §. 109. denique quaenam personae in mancipio sint §. 116. *seqq.* exponitur.

Hoc vero jus, usu sc. in manum conveniendi, quod CICERONIS etiam aetate viguit, uti diximus, GAJI tempore partim legibus sublatum, partim desuetudine obliteratum est.

CA-

(24) Cf. *Tit.* IX. ULP. *fragm.* in SCHULTING. Jurispr. Ante Just. *pag.* 590. Nota 2. et Commentatio EVER. DUPONT praemio ornata *pag.* 110. ubi inquirit, quare GAJUS separaverit conditionem personarum, quae in manum convenerant, a conditione earum, quae in potestate jam erant.

CAPUT II.

DE MULIERE IN TUTELA.

Aggredienti hanc de muliere in tutela materiem, ordiendum mihi est a rei definitione, ut in ipso capitis principio quasi in tabella perspici possit, quid sit, de quo totus noster sermo futurus est. *Est* igitur *tutela*, Servio definiente, *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui se ipse per aetatem defendere nequit, jure civili data ac permissa.* Definitio illa, quae in Institutionibus a Triboniano datur, licet Servio Sulpicio, principi JCtorum tempore CICERONIS, tribuenda sit, ejus tamen fons atque fundamentum in ipsis XII. Tabulis invenitur, omniaque abunde derivantur, sive ex ipsis verbis, sive ab earum legum Decemviralium explicatione, ubi in *Tab.* V lege prima. „ *Pater-* „ *familias uti legassit super pecuniae tutelaeve* „ *suae rei ita jus esto.*".

Liberi igitur ratione patris tamquam res considerabantur, et quia lex patri concedebat legare, sive testamen-

mentum condere super tutela rei suae; consequens erat ut testari inde posset de liberorum suorum tutela. Jam observandum definitionem hanc generalem esse, adeoque ad omnes tutelarum species pertinere, non tamem extendendam ultra impuberum tutelam, quia in Institutionibus tantum agitur de tutela impuberum, sine aliqua mentione de perpetua mulierum tutela, quae non quidem propter aetatem, sed judicii, quae dicitur, infirmitatem fuit instituta: nam sexus ille fragilis est, et facile se decipi patitur (1). Tutela tenebantur universe ii, qui rebus suis ipsi superesse non poterant, nominatim in XII. Tabb. significabantur masculi impuberes, feminae cujuscumque aetatis et furiosi. Masculi puberes facti, in suam tutelam veniebant: feminae in perpetua erant tutela: nullo fere loco erant in republica tamquam cives Romanae, neque civitatis consensu indigebant si per connubium in alienas familias transire volebant (2): vacabant tantum rebus suis domesticis. Tutela masculis deferebatur, qui successionem sperabant, tam propter naturalem aequitatem, ut quem sequantur commoda, eum etiam incommoda sequantur (3); quam ex Jure Civili, ut qui sperarent successionem, iidem curarent bona ne dilapidarentur (4).

Volebant itaque Romani, ut mulieres tutelae proximorum agnatorum subjicerentur, et eo mulierum duxi-

(1) Cf. GAJUS *Comm.* I. 144.
(2) Cf. GAJUS *Comm.* I. 114. *seq.*
(3) Cf. *Tit. Inst. de leg. patr. tut.*
(4) *L.* 1. *pr. ff. de leg. tut.*

durior quam pupillorum erat conditio, quod cum hi puberes facti e tutela exirent, foeminae essent in perpetua tutela (5); nisi

1°. Nuptiis in manum viri convenirent.

2°. Tres liberos essent enixae: tunc enim jure trium liberorum illa tutela finiebatur ex lege Julia et Papia Poppaea.

3°. Excipiebantur Virgines Vestales: quas veteres in honorem Sacerdotii liberas esse voluerunt (6).

Ita vetere jure Romano sese res habebat: sed paulatim ex usu recessit, nec vola, nec vestigio amplius occurrente, et mulieribus ad res, quas ipsae gerere non poterant, curatores dati sunt.

Praemissa nunc rei definitione, ad illius divisionem transgrediamur. Quae, quum hodie sit triplex, testamentaria, legitima et dativa (7), olim tamen in eo differebat, quod tunc temporis apud Romanos duplex erat, una pupillaris, quam pubertas finiebat, altera perpetua, (uti illam vocat BOËTHIUS in *Top.* CICER. IV.) sive muliebris, quam a majoribus pupillari praelatam esse dicit SABINUS apud GELLIUM *Noct. Att.* V. 13. (8).

Rur-

(5) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 145.

(6) Cf. GAJUS *Comm.* I. 145. Ex qua §. colligi potest de tutela feminarum expressam fuisse legem.

(7) Ut satis notum est, ex *Tit. ff.* et ex *Inst.* JUSTINIAN. nec non ex *leg.* 52. *Cod. de Episc. et Cler.*

(8) Discrimina quaedam inter has duas dedit ULPIANUS §. 25. et 27. *de tutelis* apud SCHULTING. *in Jurispr. vetus Ante*JUST. *pag.* 603. In veterum quoque scriptis in Pandectis hujus quoque tutelae vestigia alicubi reperit CUJACIUS *Observ.* VII. 11. *et* XXII. 20. veluti in *lege* 2. §. 2. *ff. de Cap. min. l.* 11. §. 2. *ff. quod falso tutor. auctor. gestum esse dicatur.*

Rursus tutela legitima duplex erat, agnatorum et patronorum, principalis et cessicia. Erat porro perpetua illa mulierum tutela vel testamentaria, vel legitima, vel Praetoria: ista erat in mariti potestate, qui moriens uxori, quae in manum convenerat, tamquam filiae familias, tutorem dabat testamento. Tutela testamentaria erat ordinaria: Praetoria a Praetore Urbano et Tribunis Plebis dabatur. Cum vero legitima tutela, quasi res jure Quiritium propria, in jure poterat cedi, is cui tunc cedebatur, vocabatur tutor cessicius.

Ex jure XII. *Tabb.* erant omnes feminae, quae non erant in potestate, in perpetua tutela. Verum JCti mulieribus hac in re opitulati sunt variis ad supplendam mentem XII. *Tabb.* inventis, uti colligitur ex CICERONIS loco pro Muraena (9). Maritus poterat, jure patriae potestatis, uxori suae testamento dare tutorem, et vel ita ut uxori optionem tutoris concederet (10). De qua tutoris optione quaedam etiam habet GAJUS *Comm.* I. §§. 150—154. quae quidem paragraphi tantum loquuntur de tutoris optione a marito uxori in testamento concessa. Ex iis igitur forte colligi possit patri non licuisse eam filiabus suis concedere.

Praeterea permissum fuit legitimis tutoribus feminarum tutelam alii in jure cedere, qui ex eo cessicius tutor dicebatur; quod permissum non fuit legitimis pupillorum tutoribus, quippe quorum tutela non videbatur onerosa (11).

Ita

(9) Pro MUR. C. 12.

(10) Cf. LIVIUS. XXXIX. 19.

(11) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 168. *et* ULPIAN. *Fragm. Tit.* 11. §. 8.

Ita quoque in jure, ipsarum mulierum haec tutela, a pupillorum tutela differre coepit: nam uti pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerebant, et auctoritatem interponebant, ita mulierum tutores auctoritatem duntaxat interponebant (12).

Notat autem GAJUS §. 190. *libri* I. „*In quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam invitus auctor fieri a Praetore cogitur*," unde cum tutore nullum ex tutela judicium mulieri datur.

Patronorum vero et parentum legitimas tutelas vim aliquam habere intelligi potest exinde, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri cogantur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi, obligationisque suscipiendae interveniat: et quod haec omnia ipsorum gratia constituta sint, ut, quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus, susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat (13).

Uti igitur omnes hae inter impuberum et mulierum tutelas differentiae, a mente XII. *Tabb.* tantopere alienae, ex inventis JCtorum originem ducere videntur, ita GAJI *Inst. lib.* I. §. 114. *seqq.* apertae fraudis exemplum affert, qua mulieres tutorem quem vellent, consequerentur. Quum vero tutelae na-

(12) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 190. *et* ULP. *Fragm. Tit.* 11. §. 25.

(13) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 192.

natura, in qua mulieres degebant, diversa esset ab ea, quae XII. *Tabb.* constituta erat, recte observavit GAJUS I. §. 190. feminas perfectae aetatis in tutela esse, fere nullam pretiosam rationem suasisse videri: nam quae vulgo credebatur, quia levitate animi plerumque decipiebantur, et aequum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosam videri quam veram.

Quum igitur variis in locis de tutore, tam Agnato, et Optivo quam Cessicio sermo sit, nunc de his separatim erit videndum, ita quidem ut in §. 1. agamus de tutore Agnato: in §. 2. de tutore Optivo: et dein in §. 3. de tutore Cessicio.

§. 1.

De tutore agnato.

In GAJI quae in *ff.* supersunt fragmentis, et quidem in *lege* 7. *ff. de legitim. tutor.* agnati dicuntur, qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, quasi a patre cognati (14); veluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo: item patruus et patrui filius, neposve ex eo. In tutelarum quaestione ita definiuntur agnati, propterea quod tutela virile munus est: eadem est agnatorum definitio in quaestione ab intestato successionis. Cf. *l.* 2. §. 1. *ff. de suis et legit. her.* et *Inst.* I. *tit.* 15. et III.

(14) Cf. *l.* 2. *ff. de suis et legit.* et *l. ult.* §. 1. *ff. de grad. et affin.* eadem agnatorum definitio occurrit apud GAJUM. *Comm.* I. §. 156. *et* III. §. 10.

III. 2. quia etsi consanguinea consanguineo intestato heres existat, agnata tamen agnato cuiquam intestato ex lege Voconia heres non est (15).

Lex autem XII. *Tabb.* disertis verbis ait, „*agnatus proximus familiam habeto:*" et sic in *l.* 2. §. 4. *ff. de suis et leg. hered.* ULPIANUS dicit; „*legitima hereditas tantum proximo defertur:*" quod etiam affirmat GAJUS (16), quando dicit; „*olim quidem, quantum ad leges* XII. *Tabb. attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores.*"

Legitimi igitur tutores sunt, qui pupillo per virilis sexus cognationem conjunguntur: et qui proximus est ex agnatis, ad illum legitima tutela pertinet, quoniam is qui proximus est ad hereditatem, etiam proximus est ad tutelam (17).

Haec autem legitima agnatorum tutela minima capitis deminutione perit, qua jus agnationis amittitur: sed praeterea agnatorum etiam tutelae in feminis lege Claudia sublatae sunt (18): qua de re huc usque valde dubitatum fuerat. ULPIANUS enim dicit (19), „*quantum ad agnatos pertinet feminarum autem legitimas tutelas lex* CLAUDIA *sustinet. Excepta tutela patronorum,*" quae ultima verba secundum

SCHUL-

(15) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 226. *et* 274.

(16) Cf. *Comm.* I. §§. 157. *et* 171. *et Comm.* III. §. 11. GAJUS dicit. *Non tamen omnibus simul agnatis dat* lex XII. Tabb. hereditatem, sed his, *qui tunc, cum certum est, aliquem intestato decessisse, proximo* gradu sunt.

(17) Cf. GAJUS *Inst.* I. 7. §. 1. apud SCHULT. *p.* 60.

(18) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 171.

(19) *Fragm. Tit.* XI. §. 8.

SCHULTINGII sententiam praecedentibus addenda sunt. Quamquam CUJACIUS pro verbo *sustinet* ibi recte, uti nunc apparet, reposuerit *sustulit*, non tamen defuerunt, qui eum hanc ob causam reprehenderent, inter quos Cl. viri JAC. RAEVARDUS *Variar.* I. 19. THEODOS. MARCILIUS *Interpretam. legg.* XII. *Tabb. pag.* 143. JANUS à COSTA *ad tit. Inst. de leg. patron. tut.* JACOBUS GOTHOFREDUS *ad leg.* 2. *Cod.* THEODOS. *de tut. et Curat. creandis*, aliique, qui tamen in hujus loci explicatione non conveniunt. VERTRANIUS MAURUS *de Jure liber. c.* 31. putat illam sublatam quidem fuisse lege CLAUDIA, sed postea reductam; quae quidem sententia verior est, cum notum est, legem CLAUDIAM Constitutione CONSTANTINI rursus esse sublatam (20): nam si non esset reducta, postea ut auferretur non erat necesse. Quidquid vero hac de re sit, et in quantum etiam in hoc ULPIANO loco explicando laboraverint interpretes, id constat SCHULTINGIUM Doctissimum legentem pro *sustinet*, *sustulit*, recte hoc modo locum illum explicuisse, uti nunc constat e GAJI *Comm.* I. §. 157. unde apparet, ne tutores impedirent liberam dispositionem de feminarum bonis, quarum legitimam haberent tutelam, omnem tutelam feminarum, etiam impuberum legitimam, excepta tutela patronorum, per CLAUDIUM Imperatorem fuisse sublatam: et hoc jure Romanos usos fuis-

(20) *Lege* 3. *Cod. de leg. tut. l.* 2. *Th. Cod. de tut. et cur. creandis.* Ait enim CONSTANTINUS. „ *In feminis tutelam legitimam consanguineus vel patruus non recuset.*".

fuisse, donec Imperator CONSTANTINUS MAGNUS legitimam tutelam impuberum certe feminarum, restituerit, quae lex non amplius extstat, sed certum de illa testimonium in lege Imperatoris LEONIS. (*lex* 3. *Cod. de leg. tut.*)

Primum edictis AUGUSTI et ipsius CLAUDII cautum fuerat, ne uxores pro maritis suis sese obligarent: dein prospectum feminis universe ne, precibus motae, sese obligarent periculo, quod nunc quidem remotum est, mox tamen ingruere et ipsas bonis exuere possit. Omnis autem hujus juris ratio cognoscenda est ex *Lib. ff.* 16. *Tit.* 1. ubi in *lege* 2. ipsum SCtum extat, de cujus verbis Cf. JACOB. GOTHOFREDUS *Animadv. Jur. Civ. Cap.* 9. *et* NOODT *Observ.* I. 18. *et* RITTERUS *ad* HEINECC. §. 172.

§. 2.

De Tutore Optivo.

Quum LIVIUS *libro* XXXIX. 19. referat ab ipsis maritis uxoribus testamento datam esse tutoris optionem, illamque mulieri cuidam per legem singularem esse concessam, haec verba LIVII paulo accuratius erunt examinanda.

Refert autem SCtum factum esse, quo inter alia cautum, „*ut Feceniae Hispalae datio, deminu-„tio, gentis enuptio, tutoris optio item esset, qua-„si ei vir testamento dedisset.*"

Hujus SCti origo haec fuit: P. AEBUTIUS, matrem habebat Duroniam, quae, mortuo priore marito, secundas nuptias cum T. SEMPRONIO Rutilo inive-

verat. P. AEBUTIUS adhuc pupillus tempore quo Duronia secundas illas nuptias inierat, tutorem acceperat vitricum T. SEMPRONIUM. At vero hic tutelam ita gesserat, ut rationes reddere non posset: hinc ut omnes hujus malae administratae tutelae sequelas evitaret, aut tolli pupillum, aut obnoxium sibi vinculo aliquo fieri cupiebat. Via una corruptelae BACCHANALIA erant: quae festa in honorem BACCHI a viris ac feminis promiscue per noctem celebrari solebant, per quam occasionem obtentu religionis sacrilegae, stupra, adulteria, veneficia, parricidia, atque alia flagitia et scelera grassabantur.

Illud T. SEMPRONII consilium confirmabat AEBUTII mater, quae adolescentulum appellans, dixit: „*Se* „*pro aegro eo vovisse, ubi primum convaluisset,* „BACCHIS *eum se initiaturam.*" At P. AEBUTIUS HISPALAM FECENIAM, scortum nobile, libertinam frequentabat, quae non digna quaestu erat; nam AEBUTIUM ultro amabat, quin imo eo processerat, ut consuetudine capta, post patroni mortem, quia in nullius manu erat, tutore a tribunis et praetore petito cum testamentum faceret, unum illum institueret heredem: postquam illud consilium cum HISPALA FECENIA communicaverat, illaque eum ab hoc deterruerat, illeque matrem certiorem fecerat sibi in animo non esse Bacchanalibus initiari, a matre domo ejectus est; quo facto ad Consulem POSTUMIUM ALBINUM rem detulit: cui a Senatu negotium datum est, ut, cum Q. MARCIO PHILIPPO collega, Bacchanalia dirueret. De praemiis autem P. AEBUTIO et HISPALAE FECENIAE decernendis, SCtum

 apud

apud LIVIUM *l.* XXXIX. *c.* 19. extat, quo loco inter alia haec legimus.

„*Utique Feceniae Hispalae datio, deminutio, gentis „emptio, tutoris optio item esset, quasi ei vir „testamento dedisset. Utique ei ingenuo nubere „liceret: neu quid ei, qui eam duxisset, ob id „fraudi ignominiaeve esset. Utique consules prae„toresque, qui nunc essent, quive postea futuri „essent, curarent, ne quid ei mulieri injuriae fie„ret, utique tuto esset: id Senatum velle, et ae„quum censere, ut ita fieret*" (21).

Plane igitur FECENIAE HISPALAE SCto id tamquam singulare beneficium concessum, ut tutoris optio ei esset, *quasi ei vir testamento dedisset*, nam uti supra dictum est (22) tutorem a tribunis et praetore petere necesse habebat.

Ad hos vero tutores, quorum optio uxoribus in manu testamento viri dabatur, viri docti putant respexisse CICERONEM pro MURAENA *Cap.* 12. „*Hi* „(majores) *invenerunt genera tutorum, quae po„testate mulierum continerentur* (23)."

Mu-

(21) Cf. JACOB. ab ECKELENS *Diss. Jurid. de Praemiis ob indicata* BACCHANALIA Publio Aebutio et Feceniae Hispalae concessis ex SCto quod est apud LIVIUM *Libro* XXXIX. *Cap.* 19. *Harderovici* 1763.

(22) *Liv.* XXXIX. 9.

(23) Cf. CUJACIUS *Obs.* VII. 11. HOTOM. *Obs.* III. 16. EVERH. OTTO *Diss. de perp. foem. tut.* §. 16. *et* SCHULT. *in jurispr. vetus Antejust. pag.* 600. *et* Cl. SAVIGNY *über die sacra privata der Römer in ejus Zeitschrift für geschichtsliche Rechtswissenschaft, band.* 2. *heft.* 3. *pag.* 387. *seqq.*

Mulieres conventione in manum liberabantur a tutela, et filiae familias habebantur; quum ergo paterfamilias jure posset testari de tutela, factum est, ut et mariti morientes testamento de tutela uxorum ipsi statuerent; et testamento illis darent hanc optionem, quem vellent, tutorem sibi eligendi. Hoc cum contra veteres leges obtinuisset, JCti invenerunt genera tutorum, quae potestate id est, optione mulierum continerentur. Optio autem haec inducta fuisse videtur a JCtis, argumento ducto a *lege XII. Tabb.* quae de tutela liberam patrisfamilias legandi potestatem dabat.

Origine itaque tutoris optivi indagata, facilius nunc explicari possunt, quae GAJUS *Comm.* I. 150. habet; ubi dicit, „ *In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem velit ipsa, tutorem sibi optare,*" hoc sequenti exemplo illustrat, „ TITIAE UXORI MEAE TUTORIS OPTIONEM DO. *Quo casu licet uxori vel in omnes res, vel in unam forte aut duas* (optare)." Haec tamen optio non semper eodem modo uxori, quae in manu erat, dabatur; nam dabatur aut plena optio, aut angusta, quae omnino diversae sunt (24). Nam plena optio ita dari solet: „ TITIAE UXORI MEAE TUTORIS OPTIONEM DO:" dum contra angusta optio ita dari solet. „ TITIAE UXORI MEAE DUNTAXAT TUTORIS OPTIONEM SEMEL DO: aut DUNTAXAT BIS DO" (25). Differentiam inter diversos illos tutores, quamvis satis conspi-

(23) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 151.
(24) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 152.

spicuam, tamen ipse GAJUS addidit, dicens „*quae* „*plenam optionem habet, potest semel et bis et ter* „*et saepius tutorem optare: quae vero angustam* „*habet optionem, si duntaxat semel data est op-* „*tio, amplius quam semel optare non potest: si* „*tantum bis, amplius quam bis optandi faculta-* „*tem non habet* (26)." Hinc apparet, si uxori angusta optandi facultas conceditur, illi simul indicare deberi, utrum bis an semel hac facultate uti possit: quod si non indicatur, semel tantum uxori concessam videri hanc facultatem optandi.

Hi autem tutores, qui ex optione sumuntur, vocantur Optivi, qui ab illis qui nominatim testamento dantur, quique dicuntur Dativi, toto coelo differunt (27).

Loci GAJI laudati tantum agunt de tutoris optione a marito uxori in testamento concessa; igitur ex iis colligi debet patri non licuisse eam filiabus suis concedere: cujus rei rationem non aliam scio, quam quod fortasse ita moribus non fuerit receptum; quum in nuptiis hoc jus, forte pactis in ipsa coëmtione factis, fuerit introductum.

(26) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 153.
(27) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 154.

§.

§. 3.

De Tutore Cessicio.

Tutor Cessicius dicitur is, cui tutela ceditur (28) Jus autem feminarum tutelam alii in jure cedendi agnatis tantum conceditur, ut pote tutoribus legitimis (29). Si vero is cui tutela in jure cessa est, mortuus, aut capite diminutus est, tunc tutela ad eum tutorem revertitur, qui cessit: et si is qui cessit quoque mortuus aut capite diminutus est, a cessicio tutela discedit, et revertitur ad eum, qui post eum, qui cesserat secundum gradum in tutela habuerit (30).

Ad agnatos tutela haec non pertinet, quoniam tantum erat permissum feminarum tutelam in jure cedere, agnatorumque praeterea in feminis tutelas lex Claudia sustulit, ut docet GAJUS *Comm.* I. §§. 157 et 171. et ULPIAN. *fragm. tit.* XI. §. 8.

*Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae jus non habere, cum ipsi se oneri subjecerint: quod etsi placeat; in parente tamen, qui filiam, neptemve, aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici n*on potest, cum non

(28) Cf. GAJUS *Comm.* I. 169., et ad GAJI *Gothici Inst.* II. *Tit.* 1. *p.* 85. nota 68. in SCHULT. *Jurispr. Antejust.*
(29) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 168.
(30) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 170. et ULP. *fragm.* XI. §. 7.

non fiduciarius, sed *legitimus tutor habeatur: et non minus huic, quam patronis honor praestandus est* (31).

Fiebat autem illa cessio, ne agnatus eo onere perpetuo obrueretur, et quidem plerumque alii agnato, uti recte conjecit JAC. GOTHOFREDUS *ad leg.* 2 *Cod.* THEODOS. *de tut. et curat. creandis:* nam quamvis disertis verbis illud non dicat GAJUS, ex eo tamen mihi illud conjici posse videtur, quod scilicet dicit (32), „ *Agnatis permissum est feminarum* „ *tutelam alii in jure cedere: pupillorum autem* „ *tutelam non est permissum cedere, quia* non vi- „ detur *onerosa.*"

Igitur feminarum tutela onerosa est; res ipsa praeterea loquitur, neque ampliori sermone opus.

(31) Cf. GAJUS *Comm.* I. §§. 172. et 175. *et* GAJI *Gothici Inst.* I. 4. §. 3. nota 9. *in* SCHULT. *Antejust.* p. 55. *et* ULP. *fragm.* *Tit.* XI.

(32) GAJUS I. §. 168.

EPI-

EPILOGUS.

DE CONDITIONE MULIERIS IN MANU ET IN TUTELA.

Quamquam permulti fuerint doctissimi viri, qui putarent, effectum nuptiarum olim diversum fuisse pro varia ratione nuptiarum, ut, prouti vel confarreatione, vel coëmtione, vel usu contraherentur, ita alios atque alios sortirentur effectus: rectius tamen alii, ex doctrina veterum JCtorum in uxoribus quae in manu fuerunt, sive confarreatione, sive coëmtione, sive usu, indistincte eosdem effectus agnoscunt et probant (1): dicentes tamen singularem effectum fuisse, quod ex confarreatis parentibus patrimi et matrimi nascerentur, quorum magna erat in sacris praerogativa. SERVII

(1) Cf. ANT. SCHULTING. *Jurispr. vetus Antejust.* p. 34. et 591. JANUS À COSTA *ad Princ. Inst. de SCto.* TERTULLIANO. NOODT *Prob.* II. *Cap.* 9.

VII autem ad *lib.* I. *Georg.* VIRGIL. testimonium eo dignius est notatu, quod SERVIUS solus sit, qui id testetur, et reliquos auctores, qui patrimos memorant et matrimos, aliam primo obtutu sententiam tueri videantur (2). Porro GAJUS alterum recenset effectum, sacrorum familiae communionem (3). Apud DYONISIUM etiam legimus, ROMULUM mulierem nuptam, quae secundum leges sacras convenerat in manum viri, participem esse omnium bonorum et sacrorum voluisse (4). Hinc MODESTINI definitio repetenda in *lege* I. *ff. de ritu nupt.* ubi dicit, „*nuptiae* „*sunt conjunctio maris ac feminae, consortium* „*omnis vitae, divini et humani juris communica-* „*tio.*"

Alium insuper effectum commemorat GAJUS: hic enim in manum conventionem coëmtione factam, inter genera capitis diminutionis refert (5).

Neque omittendum uxores antiquissimis temporibus maritorum nomina, tamquam filias, adsumsisse (6). Jus quoque vitae et necis competiisse maritis in uxores adulteras, vinosas, aliisque sceleribus contaminatas re-

(2) Illud etiam colligitur ex ZOZIMI verbis in *Tit.* XVI. *collat. legg. Mos. et Rom. pag.* 790. nota 5.

(3) Cf. *Comm.* II. §. 159. atque ULPIAN. *Tit.* 22. §. 14. *et* laud. *Coll. Tit.* 16. §. 2.

(4) Cf. *Lib.* II. *pag.* 95. ubi legimus: γυναῖκα γαμετὴν κατὰ νόμους ἱεροὺς συνελθοῦσαν ἀνδρὶ κοινωνὸν ἁπάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν.

(5) *Comm.* I. §. 162. III. 82. 83. *et* 84. *et* IV. 38. atque ULPIANUS XI. 13.

(6) Cf. RUPERT. *Epist.* XLI. ad HEINS. *Cap.* 156. 235. *et* 237.

refert DYON. HALICARN. II. *pag.* 96. GELLIUS II. 23. cum quo loco Cf. SUETONIUS *Tib.* XXXV. et TACIT. *Ann.* II. 1. et XIII. 32.

Re ipsa potestatem summam in uxores non aliter ac in filias exercebant mariti: quidquid uxor acquirebat, marito acquirebat: „ *per eas vero personas*, „ *quas in manu mancipiove habemus*, *proprietas* „ *quidem acquiritur nobis ex omnibus causis*, *si-* „ *cut per eos*, *qui in potestate nostra sunt*" (7). Omnia quae uxoris erant, viri fiebant dotis nomine (8). Uxores autem in maritorum potestate fuisse, quae confarreatione in manum venerant probat Cl. NOODT *Probab.* II. 9. *pag.* 64. Denique ex loco GAJI insigni (9) patet, sororis loco liberis fuisse matrem aut novercam, quae per in manum conventionem apud patrem eorum jus filiae consecuta esset. Ceterum uxor quae in manum convenerat fiebat materfamilias, et sua heres erat, quia filiae loco habebatur (10).

Quod ad coëmtionem attinet, ejus effectus iidem erant, qui confarreationis; nam et hoc modo in ma-

(7) Cf. GAJUS *Comm.* II. 90. *et* 98. Et libro III. §. 163. dicit, „ *admonendi sumus acquiri nobis non solum* „ *per nosmet ipsos*, *sed etiam per eas personas*, *quae in* „ *nostra potestate*, *manu*, *mancipiove sunt*."

(8) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 98. *et* III. §. 84. ubi in manum conventionem recenset inter modos acquirendi per universitatem. Cf. *et* CICERO in *Top.* 4.

(9) Cf. *Comm.* III. §. 14. *et in legg. Mosaic. et Roman. Coll. Tit.* XVI. §. 6.

(10) Cf. GAJUS *Comm.* I. §§. 114. 136. II. 139. 159. *et* GAJUS *in Coll. legg. Mosaic. et Roman. Tit.* XVI.

manum uxores quae conveniebant, matresfamilias vocabantur (11): earumque conditionem meliorem esse, quam earum, quae mancipio datae sunt, indicat GAJUS *Comm.* I. 123. 138. et II. §. 160. Mulieres antiquitus testamentum facere non poterant sine tutoris auctoritate, quia erant in perpetua tutela (12), qua de re infra videbimus. Tutoris autem auctoritatem mulieribus esse necessariam si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in alieni servi contubernio morari, si rem mancipi alienent, indicat ULPIANUS *tit.* XI. §. 27. *de Tutelis*. Haec igitur tutoris auctoritas mulieribus non erit necessaria, si alium tantum sibi obligent (13); quod mulier sine tutore auctore promisit, illud non deberi, dicit CICERO (14), ut adeo in hisce mulierem inter et pupillum non sit discrimen.

Quod ad mulieres quae usu tantum habebantur, hae etiam in familiam viri transibant, filiaeque locum obtinebant (15). Ceterum in manum conventione patriam potestatem solvi plenissime, jam demonstra-

(11) Cf. CICERO *Top. Cap.* 3. GELLIUS *Noct. Att.* XVIII. 6. HUBERUS *digress. part.* II. I. 17. *pag.* 528. *et* THOMAS *diss. de usu pract. doctr. Inst. de nuptiis* I. 7. *pag.* 26. *et* 28. *et* SCHULT. ad ULPIAN. IX. N°. 2.

(12) Cf. ULPIAN. *Fragm. Tit.* 20. S. *pen.*

(13) Cf. *lex* 7. *Cod. de contr. et comm. stipul.* cui jungenda *l.* 1. *Cod. de auct. praest.* ubi conferri meretur CUJACIUS *Observ.* XIX. 33.

(14) Pro CAECINA *Cap.* 25.

(15) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 111. atque CICERO *pro* FLACCO *Cap.* 34.

verat D'ARNAUD (16), non tantum cum marito, sed et cum extraneo (17), ita quidem ut conjiceremus mulieres raro tantum emancipatione, tempore GAJI, e potestate dimissas fuisse: illud tamen obtinuisse ipse GAJUS refert, dicens, „*Emancipatione* „ quoque desinunt liberi in po*testate parentium* esse: „ sed *filius quidem ter* mancipatus sui juris fit, „ ceteri *vero liberi*, *sive masculini sexus*, *sive feminini*, *una mancipatione exeunt de parentium potestate*" (18). Praeterea exeunt liberi feminini sexus e patria potestate si Virgines Vestales capiantur (19).

Patriae potestatis ea esse videtur natura, ut parentes inviti ad liberos emancipandos cogi fere nequeant: unde mirum atque superfluum videri poterat JUSTINIANUM in Institutionibus hoc expresse dixisse (20): at vero, quia, ut ex GAJO discimus, longe alia manus et mancipii est natura, facile ex hac oppositione Imperatoris dicta explicantur (21).

Quamvis quae GAJUS hic habet, magna pro parte perierint, tamen hisce fere modis manum solvi dicendum est.

I. Morte naturali.

II. Morte civili: i. e. maxima et media capitis diminutione.

III.

(16) *Variar. Conject.* I. 29.

(17) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 136.

(18) Cf. *Comm.* I. §§. 132. 136.

(19) Cf. GAJUS *Comm.* §. 130.

(20) Cf. *Inst. tit. quib. mod. jus. patr. pot. solv.* §. 10. et ROYER *in Diss. Inaug. de patria potest. Cap.* 2. §. 11.

(21) Cf. GAJUS *Comm.* I. §§. 137. *et* 140.

III. Emancipatione.

IV. Si uxor a marito in manum datur alteri.

V. Si mancipio datur ab eo, in cujus manu est, alteri, ut is eam manumittat, ejusque tutor fiat fiduciarius.

VI. Invito aliquando marito, si uxor ei repudium mittit (22).

VII. Si farre mulier in manum convenerat diffarreatione tantum adhibita, poterat e manu dimitti (23).

VIII. Si ab alio viro usucapta mulier per annum continuum apud hunc remansit, nec per trium noctium absentiam usurpatio interrupta fuit.

Nunc vero quod ad mulierem quae in tutela est; illa sine tutoris auctoritate manumittere nequit, quoniam manumissio erat civile negotium: item si dotem dicant, si testimonium ferant, tutoris auctoritas iis est necessaria, quoniam tunc lege aut legitimo judicio agunt; neque sine tutoris auctoritate se obligare possunt, aut civile negotium gerere, aut testamentum facere post annum aetatis XII. quamdiu in tutela sunt (24).

E contrario autem illa tutoris auctoritas mulieribus non semper erat necessaria, nam GAJUS dicit, illis sine tutore auctore recte solvi posse, quoniam *qui solvit liberatur obligatione, quia res nec mancipi a se dimittere mulier et sine tutore auctore potest; quamquam hoc ita est si accipiat pecu-*

(22) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 137.

(23) Cf. FESTUS *in voce.* PLUTARCH. *Quaest. Rom. pag.* 276. HEINECC. *Ant.* I. 10. N°. 8.

(24) Cf. ULPIAN. XX. §. 15. et GAJUS *Comm.* I. §. 192.

cuniam: at si non accipiat, set (acceptam) *habere se dicat, et per acceptilationem velit debitorem sine tutore auctore liberare, non potest* (25). *Ideoque siquando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutore auctore dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet ** pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem* (26). Rem igitur nec mancipi sine tutore auctore alienare poterat femina, quum contra rem mancipi alienare nequeat sine tutore auctore (27).

In universum adhuc notandum quod GAJUS refert *Comm.* II. §. 87. „*Liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi* (nostr)*i mancipio accipiunt, vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex* alia *qualibet causa adquirant, id nobis adquiritur; ipse is enim, qui in potestate nostra est nihil suum habere potest; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro jussu, hereditatem adire non potest; et si jubentibus nobis adierit, hereditatem nobis adquirit, proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus: et convenienter scilicet legatum per eos nobis adquiritur.*" Et §. 96. dicit: „*In summa sciendum* est, *his*, qui in *potestate, manu, mancipiove sunt, nihil in jure cedi posse: cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil* OMNINO *in jure vindicare possint.*"

Haec

(25) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 85. *et* III. §. 171.
(26) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 81.
(27) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 192. *et* II. §§. 47. 80. *et* 85.

Haec vero de conditione mulieris in tutela: attamen cum deinde benignior veluti Juris Romani aetas et cognatis, et mulieribus maxime, (quae antea penitus erant exclusae, nisi essent consanguineae, vel consanguinitatis jura per in manum conventionem consecutae essent, (28)) hereditatem tribuisset, sub inde iis licuit tutelam suscipere; denique JUSTINIANUS cognatos et agnatos ad hereditatem et tutelam vocavit: ex mulieribus matri tantum et aviae tutelam gerere permisit (29).

Et mulieres quidem, jam imperante Trajano ad liberorum tutelam admittebantur (30), dummodo eam a Principe impetrassent: deinde etiam THEODOSIUS Magnus constituit *lege* 4 *Cod.* THEOD. *de tut. et cur. dand.*, ut matri volenti et postulanti committeretur liberorum tutela, dummodo 25 annis major esset, et profiteretur apud acta se ad secundas nuptias non transituram, nec alius adesset tutor, vel, si quis adesset, valetudine impediretur, quominus rebus pupilli superesset: et ne matres ad secundas nuptias sollicitarentur, adjecit, ut, qui eam uxorem duxisset, ejus bona in tutelae obligationem venirent, ne quid incuria, ne quid fraude periret. Constitutionem hanc postea confirmavit THEODOSIUS Junior *Nov.* 5. *de tutor. in Cod. Theod. Tom.* IV. *pag.* 17. Hoc tutelae suscipiendae beneficium deinceps ad liberorum naturalium matres etiam extendit JUSTINIANUS. Admittebatur autem mater iisdem condi-

(28) Cf. GAJUS *Comm.* II. §§. 14. 23. 24. 29. 30. *et* 31.
(29) Novella 118. *Cap.* 4. *et* 5.
(30) Cf. *l.* 18. *ff. de tutel.*

ditionibus, quibus eam admiserant, THEODOSIUS M. et THEODOSIUS Junior; et praeterea requisivit JUSTINIANUS, ut renunciantes praesidio SCti Vellejani, omnique alii legitimo auxilio, suam supponerent substantiam (31).

CAPUT III.

DE JURE MULIERIS IN ACQUIRENDIS REBUS.

E praecedentibus, quae Epilogo praesertim continentur, verbis perspicuum est, quaedam mulieribus competere jura, quibus res sibi acquirere possunt etiam sine tutoris auctoritate.

Haec igitur cum locum habeant, facile inde quoque sequitur, mulieribus etiam concessum esse de suis bonis disponere, ad certum tamen modum, qua de re nunc erit dicendum; ita ut

1°. *De jure alienandi*,

2°.

(31) Cf. *L. ult. Cod. quando mulier. off. tut.*

2°. *De jure testamenti faciendi*, et denique,
3°. *De jure succedendi*, *agamus*.

§. 1.

De Jure Alienandi.

Alienatio est omnis actus sive inter vivos, sive mortis causa, per quem dominium, vel aliquod jus in re transfertur.

Potest ordinario tantummodo is qui dominus est alienare; sed sunt causae, in quibus etiam is, qui dominus non est, alienare potest, dum e contrario in quibusdam causis etiam ille qui dominus est, alienare nequit: sic v. gr. maritus, qui licet constante matrimonio dotis sit dominus, alienandi sine consensu fundi dotalis potestatem non habet propter legem Juliam, dum et per Constitutionem JUSTINIANI, etiam consentiente muliere, dotale praedium alienare vel pignori obligare prohibetur (1).

Simili modo pupilli, minores, furiosi, prodigi, et omnes qui rebus suis superesse non possunt, alienare nequeunt: qui quamvis rerum suarum domini sint, nullam tamen rem sine tutorum curatorumve consensu alienare possunt. Hinc non possunt pecuniam mutuam alteri dare, neque suis solvere creditoribus, aut a debitoribus suis solutionem accipere, ita ut debitoris obligatio tollatur.

Haec

(1) Cf. *pr. Inst. quibus alien. licet cet. et lex un.* §. 15. *Cod. de rei uxor. cet.* Exceptiones inveniuntur in *l.* 10. §. 4. *in l.* 1. *pr. ff. de fundo dotal. l.* 5. *l.* 10. *Cod. de jure dot. l.* 26. *l. ult. ff. de jur. dot.*

Haec vero ita sese habent quoad pupillos, minores, furiosos, cet. secus ac in mulieribus. Scilicet alias quidem res mulier, aeque ac pupillus, sine tutore auctore, alienare non poterat, ut v. c. rem mancipi (2); ad alias vero alienandas tutoris non indigebat auctoritate v. c. res nec mancipi (3); hinc sine tutoris auctoritate recte mulieri solvi potest: „ *nam qui solvit, liberatur obligatione, quia res* „ *nec mancipi, a se dimittere poterat mulier*" (4). Possunt etiam feminae quae in tutela sunt, sine tutoris auctoritate alium sibi obligare (5), in aliis tamen causis nil sine tutoris auctoritate facere possunt v. g. rem mancipi alienare (6), aut acceptum facere (7).

Sed uti diximus, sunt etiam causae, in quibus is, qui dominus non est, alienare potest, v. c. creditor, qui pignus, quamvis ejus ea res non sit, cum in mora solvendi est debitor, alienare potest: item tutores et curatores, quibus res pupillorum minorumque alienandi potestas a legibus tributa est, quamvis his non aeque alienatio permissa sit, nec omnium rerum absque decreto.

Quod ad donationes virum inter et uxorem attinet, receptam moribus donationum illarum prohibitionem ANTONINUS Caracalla Imperator confirmavit. Cer-

(2) Cf. GAJUS *Comm.* II. §§. 47. 80. 81. *et* 85.
(3) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 80.
(4) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 85. *et* III. §. 171.
(5) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 192. *et* III. §§. 91. 107. 108. *et* 179.
(6) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 80.
(7) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 171.

Certis tamen ex causis virum inter et uxorem donationes valent; veluti, si res aliena donata sit, servi manumittendi gratia aliae: quae exceptiones ex jure civili suam trahunt originem; quarumque aliae libertatis favore receptae sunt, aliae quod neuter ex iis fiat locupletior pauperiorve: nam ea tantum donatio jure civili prohibita est, ex qua is qui donat, fit pauperior, et is qui accipit locupletior.

§. 2.

De Jure testamenti faciendi.

Testamentorum genera initio duo fuerunt, aut enim calatis comitiis fiebant, (quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, *quae pro collegio pontificum, aut regis sacrorum, aut flaminum inaugurandorum causa*, habebantur, et dividebantur in *curiata per lictorem curiatim calata*, et *centuriata per cornicinem* (8)) aut in procinctu, id est, cum belli causa ad pugnam ibant.

Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam i. e. patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod genus per aes et libram, quamvis nunc sane aliter ordinatur, solum in usu retentum est, dum priora duo

(8) Cf. GELLIUS *Noct. Att.* XV. 27. *et* BYNKERSHOEK *Obs.* II. 2. *pag.* 113.

duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt (9).

In testamento vero quod per aes et libram fiebat, duae res olim agebantur: fiebat enim familiae mancipatio, et testamenti nuncupatio.

Constituebatur scilicet familiae emtor, qui heredis locum obtinebat, et cui propterea mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet. Postea vero alius heres testamento instituebatur, a quo legata praestanda erant, alius dicis gratia, propter veteris juris imitationem, familiae emtor adhibebatur; eaque res ita agebatur: qui faciebat, adhibitis 5 testibus, civibus Romanis, puberibus, et libripende, postquam testamenti tabulas scripserat, alicui dicis gratia suam familiam mancipabat, qua in re quibusdam familiae emtor utebatur verbis; quae quidem verba a GAJO nobis tradita sunt; sed in illis lacuna occurrit, ita ut non nisi pro parte ea sciamus (10). Postquam igitur familiae emtor hisce verbis recitatis, aere percusserat libram, et id aes testatori dederat, testator testamenti tenens tabulas, ita dicebat, „ HAEC „ ITA, UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA „ SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITA„ QUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHI„ BETOTE" (11). Ceterum quae porro ad testamentum per aes et libram pertinent, quaeque in eo observanda sunt, GAJUS sequentibus paragraphis monet.

Post

(9) Cf. GAJUS *Comm.* II. §§. 101. 102. *et* 103.

(10) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 104.

(11) Haec verba fere eadem sunt, quae apud ULPIANUM *fragm.* XX. 9. *et* ISIDOR. *Orig.* IV. 24. inveniuntur: Cf. GAJUS *Comm.* *l.* *l.*

Postquam vero modi, quibus homines de suis bonis testamento poterant disponere, erant introducti, quaedam etiam leges latae sunt, quibus nonnulli testari prohibentur.

Quod ad feminas attinet, in quantum jus testamenti faciendi iis competierit, nunc erit videndum.

Postquam igitur GAJUS monuerat feminas, in testamentis condendis, meliori conditione uti, quam masculos, quod nempe illae post annum XII. testamenti faciendi jus nanciscantur, dum hi contra illud, etiam tutore auctore, facere nequeunt si minores sunt XIV. annis (12), quid requiratur ut quis testamentum facere possit, indicat. Scilicet animadvertendum, an quis testamenti factionem habeat: porro, an si habuerit, secundum Juris Civilis regulam testatus sit; a qua tamen regula excipiuntur milites: denique ante omnia requiritur an institutio heredis solemni more facta sit, quam solemnem institutionem §. 117. libri II. memorat (13).

Feminae igitur post XII. aetatis annum testamentum facere possunt, ita tamen, ut illud tutore auctore, si scilicet mulier in tutela sit, faciant. Hinc si feminae sine tutorum auctoritate testamentum condiderant, illud nullum erat. Hoc omne, quod GAJUS *Comm.* I. §. 192. II. §§. 112. 113. 118. *et* III. §. 43. docet, etiam indicat ULPIANUS *fragm.* XX. §. 15.

Ex hisce apparet Cl. SCHULTINGIUM in notis ad ULP.

(12) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 113. 114. *et* 115.
(13) Cf. ULPIANUS *Fragm. Tit.* XXI.

ULP. *fragm. tit.* XX. §. 15. n°. 46 (14) recte animadvertisse, mulieres cum neque comitiis interesse, neque milites esse possent, non habuisse quoque testamenti factionem, neque ideo posse admitti CUJACII (15) aut ALEANDRI sententiam (16) statuentium feminas quae in manu virorum erant ac filiarum familias loco, etiam hoc modo testari potuisse. Induxere illi CICERONIS *in Top. cap.* 4 verba haec, „ Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite „ numquam diminuit, non videtur ex edicto Praeto„ ris secundum eas tabulas possessio dari:" aït enim non valere testamentum ejus quae capite se numquam diminuit, quae v. g. in manum viri non convenit, nam illa testari potest non autem sine tutoris auctoritate. At si inde concludas, eam mulierem tantum quae convenit in manum, testari potuisse, ut verba haec interpretantur, sequitur illam, quae erat in tutela, atque adeo sui juris, testamentum condere non potuisse: quod absurdum est, cujusque rei contrarium docent GAJUS et ULPIANUS locis laudatis.

Rectius BOËTHIUS CICERONIS verba intelligit de muliere quae testamentum facit sine tutoris auctoritate: igitur significantur feminae sui juris, quae, quoniam testamenti factio civile negotium est, tutoris auctoritate indigent, quamdiu in tutela sunt: haec autem conventione in manum finitur, feminaeque jam

(14) Add. HEINECC. *Ant.* II. 10. §. 19. *et* OTTO *Diss. de perp. femin. tutela C.* I. §. 12.

(15) *Observat.* VII. *Cap.* 11.

(16) Ad GAJI *Inst.* II. 2. §. 1.

jam filiarum familias instar, testari non amplius possunt (17).

Quo vero tempore mulieribus data sit testamenti factio, quem actum ipsae perficere non poterant cum in comitiis aut in procinctu testamenta fierent, non constat, quamvis eas hanc habuisse aetate CICERONIS, ex ipsius testimonio pro Caecina *cap.* 6. certum sit.

§. 3.

De Jure Succedendi.

Pertractata superiori §. disputatione de jure mulieris in testamentis condendis, ordo nunc postulat ut inquiramus, quaenam mulieribus in successione concessa sint jura. Et sane, ut rem accurate tractemus, ante omnia dicendum, veteris successionis ab intestato fundamentum esse in familiae sive gentis conservatione (18). Veteres enim Romani non id agebant, ut heredes essent ii, qui proxime cum defuncto sanguine conjuncti fuissent, (quod postea JUSTINIANO placuit:) sed ut facultates penes eandem familiam manerent, neque ad alias familias transirent.

Successionis ab intestato sive legitimae, Jure Romano, tunc demum ratio habetur, ubi ex ultima de-

(17) Cf. V. C. MARC. AUREL. GALVANUS *de Usufr. Cap.* 9. N°. *ult.*

(18) Cf. V. BYNKERSHOEK. *Observ.* II. 1.

defuncti voluntate nemo acquirit hereditatem, verum intestatus aliquis decedit (19).

Primo autem omnium intestatorum hereditas deferebatur suis heredibus, ex legibus XII. *Tabb.* in quibus ita cautum erat:

„Ast si intestato moritur, cui suus heres nec „escit, agnatus proximus familiam habeto" (20).

Sui heredes, definiente GAJO *Comm.* III. §. 2., existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerunt: sui heredes dicuntur universe: qui sunt in potestate patria, et tempore mortis testatoris primum in familia defuncti gradum obtinent: quae definitio omni modo perfecta videtur, ut apparet ex §. 2. *Inst. de her, quae ab int. defer.* juncta §. 7. eodem, *leg.* 6. *ff. de inj. rupt. cet.* et *leg.* 7. *unde liberi.* Inter suos heredes GAJUS *l. l.* §. 3. etiam recenset uxores, quae in manu sunt: „Uxor, aït, quae in manu est sua heres est, quia „filiae loco est." Quae tamen successio neque lege XII. *Tabb.* neque Praetoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est, introducta est (21).

Fiebat autem uxor heres sua, quia in potestatem ma-

(19) Cf. *l.* 39. *ff. de acq. hered.*

(20) Cf. ULPIANUS *in legg. Mos. et Rom. collat. Tit.* 16. §. 4. *et fragm. Tit.* 26. §. 1. add. CICERO *de Invent.* II. 50. *et auctor. ad* HERENNIUM I. 13. JACOB. GOTHOFREDUS *leg.* XII. *Tabb. Tab.* V. 2. Jam antea sub Regibus heredes suos, ab intestato primos omnium successisse existimat Cl. SCHULTING. ad ULP. *fragm. pag.* 665.

(21) Cf. GAJUS *Comm.* III. §. 32.

mariti transibat, tamquam filia, quod et ULPIANUS *in fragm.* demonstrat *tit.* 22 et 23. quare et capite minui dicebatur, ut CICERO in *Top.* refert: ideoque cum in mariti familiam sacraque transiret mirum non est, dixisse MODESTINUM in *lege* 1. *ff de ritu nupt.* hasce nuptias *divini et humani juris communicationem esse:* et GORDIANUS Imperator uxorem vocavit, „ sociam rei humanae atque „ Divinae," *in lege* 4 *Cod. de crim. expil. hered.*

Quum semper ubi de successione agitur, duae quaestionès examinandae sint, altera quinam succedant, altera, ex qua parte heredes sint, de posteriore pauca nunc erunt dicenda.

Sciendum est, omnem in suis heredibus ab intestato in capita aut stirpes esse successionem. In capita succeditur, quando in tot partes dividitur hereditas, quot sunt capita sive personae: in stirpes vero succeditur, quum dividatur hereditas pro numero stirpium, adeo ut, qui ex una stirpe sunt, unam auferant partem, qui vero ex altera, alteram acquirant, licet pauciores, imo licet tantum unus sit.

Uxores vero, si in manu erant, inter suas fuisse heredes, jam supra observavimus, ex quibus omnibus sequitur, illas quoque marito successisse, quod diserte tradit DIONYSIUS HALICARN. II. 4. *pag.* 95. ubi eas dicit fuisse omnium bonorum pariter ac sacrorum participes: *κοινωνοὺς ἁπάντων χρημάτων τε καὶ ἱερῶν·* Hinc beneficio SCti Tertulliani matribus, quae in manum convenerant, opus non fuit, fiebant enim filiae familias, liberisque suis loco sororis

erant,

erant, atque adeo illis ipsa lex deferebat hereditatem (22).

At postea id mutatum, forsan quod rarius uxores in manum convenire coepissent. Unde invaluit, ut postea uxores non nisi ex Praetoris edicto ad bonorum possessionem vocarentur.

Si nemo suus heres exsistit, nec speratur fore ut exsistat, cf. *l.* 2. *pr. ff. de suis et legit.*, nec quisquam eorum quos Praetor vel Constitutiones vocant, hereditas ex *leg.* XII. *Tabb.* ad proximum agnatum pertinet (23): agnatos autem definire solent JCti „cognatos per virilis sexus personas cognatione „junctos" (24): vel uti GAJUS *Comm.* III. §. 10. dicit „qui legitima cognatione juncti sunt."

Atque lex quidem XII. *Tabb.* proximos agnatos indistincte vocabat ad legitimam successionem, sine sexus discrimine; postea tamen hoc mutatum est, ita ut feminae non admitterentur ultra sorores (25). Commodius enim atque utilius visum est Prudentibus, ut hereditates ad masculos potius, quam ad feminas deferrentur: non tantum quia masculi reipublicae magis prosunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, sed et ne mulieres ditescerent, et propterea elatae sese viris aequarent; insuper etiam et potissimum, quia fami-

(22) Cf. D'ARNAUDT *variar. conject.* I. 69. *pag.* 196. *et* Cl. SCHULT. ad ULP. *fragm. Tit.* 26. *nota* 29.

(23) Cf. GAJUS *Comm.* III. §. 11.

(24) Cf. §. 1. *Inst. de leg. agn. succ.*

(25) Cf. GAJUS *Comm.* III. §. 14.

miliae, quae in mulieribus inhaererent, propagarentur per mares, et conservarentur (26).

„ Attamen e contrario non omnibus simul agna-
„ tis dat illa lex hereditatem, sed his, qui tunc
„ cum certum est aliquem intestato decessisse, proxi-
„ mo gradu sunt (27).

In feminis vero alia conditio est, quia inter feminas sola tantum soror consanguinea habetur agnata, ita ut germano fratri defuncto ab intestato agnationis jure succedat: quod GAJUS etiam indicat, quando dicit (28). „ *Quod ad feminas tamen attinet,*
„ *in hoc jure aliud in ipsarum hereditatibus ca-*
„ *piendis placuit, aliud in ceterorum bonis ab his*
„ *capiendis: nam feminarum* hereditates *proinde*
„ *ad nos agnationis jure redeunt, atque masculo-*
„ *rum: nostrae vero hereditates ad feminas ultra*
„ *consanguineorum gradum non pertinent: itaque*
„ *soror fratri, sororive legitima heres est: amita*
„ *vero et fratris filia legitima heres esse* (non
„ potest: sororis autem nobis loco est) *etiam ma-*
„ *ter aut noverca, quae per in manum conven-*
„ *tionem aput patrem nostrum jura filiae conse-*
„ *cuta est.*"

Ratio cur non aliis feminis agnatis deferretur hereditas, desumta fuit ex lege VOCONIA, anno DLXXXV. Q. MARCIO PHILIPPO II. et Cn. Servilio Caepione Con-

(26) Cf. VINNIUS ad §. 3. *Inst. de leg. agn. succ.* atque THEOPHILUS *in paraphrasi.*
(27) Cf. GAJUS *Comm.* III. §. 11.
(28) Cf. *Comm.* III. §. 14.

Consulibus, lata a Q. VOCONIO SAXA, tribuno plebis (29), per quam legem, mulier ab eo, qui census est, (30) ultra centum millia aeris, heres institui nequit; quamvis fideicommisso relictam sibi hereditatem capere possit (31); praeterea lege VOCONIA etiam cautum est, ne cui plus legatorum nomine, mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent (32).

Feminis igitur hereditates deferri vetuit haec lex, prohibuitque, ne, qui census esset, heredem institueret feminam, uti etiam constat ex CICERONIS loco in Verr. I. 43. etiam si unica esset filia. (33); quod ratio quoque voluit extendi ad successionem ab intestato (34): et ridiculum fuisset legem illas ipsas, quas ex testamento capere nolebat, ab intestato admittere, quando certum est causam testati favorabiliorem esse et potiorem causa intestati. Lex vero VOCONIA etsi esset jam diu per opulentiam civitatis obliterata (35) (illa enim obtinente heredes esse feminae non poterant) ex hujus legis tamen ratione postea mulierum successio intra consanguinitatis gradum restricta est ab JCtis, quorum meminit PAULUS §. 3. *Tit.* 8. *Libr.* IV (36). Postea ta-

(29) Cf. BACH. *Hist. Jur. Rom.* II. C. II. §. 40. *pag.* 157.
(30) Post A. Postumium, Q. Fulvium, Censores.
(31) C. GAJUS *Comm.* II. §. 274.
(32) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 226.
(33) Teste AUGUSTINO *de Civit. Dei* III. 21.
(34) Cf. SCHULT. ad *Pauli Sent.* IV. 8. §. 22.
(35) Ut indicat GELLIUS *Noct. Att.* XX. C. 1.
(36) De lege Voconia omnino meretur legi viri eximii JACOBI PERIZONII *dissertatio de lege Voconia feminarumque hereditatibus.*

tamen Praetores feminas etiam ultra sorores admiserunt, sed tertio demum loco, in linea scilicet cognatorum, adeoque tunc demum si agnati deficerent (37). Neque tamen ita res satis absolvi videbatur JUSTINIANO, qui *lege pen. Cod. de leg. her.* jus XII. Tabb. restituit, ut jam nunc feminae non demum in cognatorum linea, sed in ipso agnatorum ordine admittuntur, ita ut proximiores feminae excludant masculos remotiores (38).

At, cum ad successionem legitimam ex XII. Tabb. legibus, sui tantum heredes, ac deinde agnati, vocarentur, SCto TERTULLIANO (39) matri prospectum est; ita ut mater, ingenua trium, libertina quatuor liberorum jus habens, ad liberorum bona intestato et sine liberis mortuorum admitteretur (40). Requirebatur ut liberi isti essent vivi (41): deinde illos legitimo tempore natos esse oportebat, quales sunt saltem jure *ff.* qui nascuntur 7°. mense inchoato, v. g. die 182 post nuptias contractas, (42). Attamen non semper admittebatur mater ex SCto TERTULLIANO: sed ita demum si non adessent defun-

(37) Cf. GAJUS *Comm.* III. §§. 23. *et* 29.

(38) Cf. §. 3. *Inst. de leg. agn. succ.* Omnem vero successionis ab intestato rationem iterum mutavit JUSTINIANUS, Nov. 118.

(39) Cf. de hujus SCti aetate P. C. DE LIMES *in Diss. Inaug.* ad SCtum TERTULLIANUM §. 4. *Lugd. Bat.* 1776.

(40) Cf. PETR. FABER *Semestrium* II. 12. *pag.* 146. *et* II. 3. *pag.* 165. *seqq.*

(41) Cf. PAULUS *Sent.* IV. 9. §. 1. *et Inst. de excus.* pr.

(42) Cf. *l.* 3. §. *ult. ff. de suis et legit.* neque obstat PAULI locus *Sent.* IV. 9. Cf. Cl. SMALLENBURG *in animadv. ad notas* SCHULTING, ad *leg.* 12. *ff. de statu hominum*.

functi liberi sui heredes, vel qui inter suos heredes ad bonorum possessionem a Praetore vocantur: vid. ULPIAN. *fragm. Tit.* 26. §. 8. sive primi, sive ulterioris gradus. §. 3. *Inst. de SCto* TERTULLIANO.

Sed omnia haec placuerunt vetustati: postea vero CONSTANTINUS matri liberorum jure carenti, si patrui tantum vel remotiores adessent agnati, tertiam bonorum partem dedit; sed si contra liberorum jure gauderet, concurrentibus quibusdam agnatis tertiam partem ademit (43). Dein tamen et illud mutatum Constitutione JUSTINIANI, qua matri jus legitimae successionis omni modo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit (44). Quemadmodum vero matri illa magnopere constitutione prospexit Imperator, ita tamen tutorum petendorum injunxit officium: quod si non fecerit, vel in locum remoti aut excusati tutoris alium intra annum petere neglexerit, utpote indigna excluditur (45).

Ceterum admittebatur jam olim mater ad filii vel filiae hereditatem, sine discrimine sintne nati ex justis nuptiis, an vero vulgo quaesiti: Cf. *l.* 1 §. 2. *ff. ad SCtum*

(43) Cf. *l.* 1. *Cod.* THEOD. *de leg. her. et* SCHULT. *ad* PAULI *Sent.* IV. 9. *Nota* 28.

(44) Constitutionem illam JUSTINIANI in duas partes esse divisam ex subscriptionibus observavit JANUS à COSTA ad *Tit. Inst. de SCto* TERTULL. §. 4. prima scilicet pars extat in *lege* 2. *Cod. de jure lib.* altera *in lege ult. Cod. ad SCtum* TERTULLIANUM.

(45) Cf. *Inst. de SCto* TERTULLIANO §. 6.

SCtum Tertull. cujus ratio habetur in *l.* 7. *pr. ff. de capite minutis*, et in *l.* 4. *ff. unde cognati.*

Suis heredibus atque agnatis deficientibus, ex *legg.* XII. *Tabb.* vocabantur gentiles, sive, qui ex eodem genere orti, simili quoque nomine appellabantur (46): et cum *leges* XII. *Tabb.* nullam cognatorum rationem haberent, (tota enim illa succedendi ratio e jure praetoris descendit) post suos heredes et agnatos Praetor tandem tertium cognatorum fecit ordinem, in quo admisit omnes, quos propter solam sanguinis rationem ad hereditatem vocavit (47).

His denique cognatis etiam deficientibus, Praetor ad bonorum possessionem, Edicto *unde vir et uxor*, admittit virum et uxorem (48): atque adeo ex hoc edicto vir uxori intestatae, atque intestato viro uxor succedit.

(46) Hanc Gentilium successionem sua jam aetate obsolevisse testantur GAJUS *Comm.* III. §. 17. ULPIAN. *fragm.* XXV. 1. et GAJUS apud *auct. legg. Mos. et Rom.* XIV. 2.

(47) Cf. *lex* 1. *pr. et lex* 2. *ff. unde cognati.*

(48) §. 2. *Inst. de bon. poss. lex un. Cod. unde vir et uxor.* Cf. THEOPHIL. *in paraph. Inst. de bon. poss.*

CA-

CAPUT IV.

DE JURE MULIERIS IN EXPERIUNDO IN JURE.

Sciendum est quas Athenienses δίκας vocabant, eas a Romanis actiones dici. *Actio* vero Celso auctore, *est jus petendi in judicio, quod sibi debetur* (1): Actionum quas apud Judicem adversus aliquem, de quacumque re, instituimus summa diuisio in duo genera deducitur: quoniam actionum aliae sunt in rem, aliae in personam (2).

Actiones in rem oriuntur ex jure in re, et generali nomine vocantur vindicationes a vindicando; vindicare est rem aliquam sibi asserere, et suam esse dicere, quod quomodo olim fiebat exponit GAJUS *Comm.* IV. 16. HEINECCIUS *Ant. ad tit. Inst. de action.* §. 24.

Ac-

(1) Cf. *l.* 51. *ff. de act. et pr. Inst. eodem.*
(2) Cf. GAJUS *Comm.* IV. §. 5. *et* 18.

Actiones in personam oriuntur ex obligatione, seu ex jure ad rem, et generali nomine appellantur condictiones, a condicendo, id est, denuntiando. Cf. §. 15. *Inst. de act.* Condictio est ea legis actio, qua actor adversario denuntiabat ut, ad judicem accipiendum, circa id, quod dare eum oporteret, certo die, scilicet XXX. in jure adesset (3).

Haec legis actio XII. *Tabb.* non introducta est, sed postea constituta. lege SILIA lata A.U. CCCXLIV. et CALPURNIA A. U. DXCII. lege SILIA de certa pecunia, lege vero CALPURNIA de omni certa re (4). Quare autem introducta sit haec legis actio, quum per sacramentum et judicis postulationem, de eo quod nobis dari oportet, agi potuerit, jam GAJI tempore obscurum erat (5). Multum autem in rem et in personam actiones differunt effectu: nam actione in personam agere tantum possumus adversus personam nobis obligatam, sed actione in rem agere possumus adversus quemcumque rei possessorem, quamvis ille nullo modo nobis obligatus sit.

Haec de voce ipsa actionis, ejusque primaria divisione sufficiant; pergamus nunc ad ipsam rem paulo accuratius tractandam, quod ut bene fiat, erit necesse, ut primo loco de actionibus in rem, deinde vero de actionibus instituendis in personam videamus.

(3) Cf. GAJUS *Comm.* IV. §. 18.
(4) Cf. GAJUS *Comm.* IV. §. 19.
(5) Cf. GAJUS *Comm.* IV. §. 20.

§.

§. 1.

De actione instituenda in rem.

Actio in rem locum habet cum, ex quocunque jure in re, rem vindicamus. Quod jus in re proficiscitur vel ex dominio, vel ex servitute, vel ex hereditate, vel ex pignore.

Etsi autem ex his omnibus actiones in rem oriantur ex servitute, actio confessoria; ex hereditate, hereditatis petitio; ex pignore, actio Serviana vel quasi Serviana; dominium tamen, ut principale jus in re, praecipua est actionis in rem causa; ideóque quae inde nascitur actio absolute actio in rem, et rei vindicatio dicitur; ut in dubio quoque, ubi actionis in rem mentio fit, haec ipsa intelligatur; cf. *tit. ff.* et *Cod. de rei vind.* Actiones in rem omnes comparatae sunt rei persequendae gratia: quippe quibus omnibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, scilicet rem nostram, quae ab alio occupatur.

In instituenda actione in rem, duas res probare debet actor, se habere dominium, reum in possessione esse, vel dolo malo desiisse possidere.

Primum quod hic intendit actor et probare debet, est, se dominum esse: etenim causa petendi, in actione in rem, tota fundata est in jure dominii, unde et formula hunc in modum concipiebatur, *si paret rem petitoris esse.*

Alterum quod, ad bene instituendam actionem in rem, necessarium esse diximus, est, ut is cum quo

agitur, rem possideat. Nam cum actor rem sibi, quippe domino, restitui postulet, et officium judicis sit ut, si causa probata est, damnet reum rem restitui; non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet; quam nemo habet, nisi is, qui rem de qua controversia est possidet. Potest tamen etiam illud peti ab eo, qui, neque litis contestatae, neque tempore quo res judicatur, possidebat, si modo actor probare potest, eum dolo malo desiisse possidere, in qua causa damnandus est, in quantum actor in litem juraverit.

Jam si actor, se dominium in illa re habere probavit, sufficit ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicatur, etsi non possidebat, cum lis contestaretur: *l.* 27. § 1. *ff. de rei vindic.* Si reus, cum lis jam contestata, nondum autem judicata esset, possessionem amiserit, si quidem sine dolo malo, absolvendus est: cf. *d. l.* 27. §. 1. si culpa sua, pati debet aestimationem, ita tamen ut audiendus sit, si desideret, ut adversarius actione sua cedat, cf. *l.* 36. §. 1. et *l.* 63. *ff. de rei vind.* si dolo vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit, et hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet. Cf. *l.* 68. et 69. *ff. de rei vind.*

Priscis temporibus moris fuit, ut cum actor vindicasset rem suam esse, tum possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis (6). Praetores enim una cum litigantibus, ad vindicandas res in

(6) Cf. CICERO *pro* MURAENA *Cap.* 12.

in re et loco praesenti, proficiscebantur; quod tunc temporis sine incommodo fieri potuit, propter circumscriptam fori Romani jurisdictionem: propagatis vero reipublicae Romanae finibus, negotiorumque frequentia obruti Praetores, hoc non amplius agere potuerunt; indeque res vel pars ejus deferebatur ad Praetorem, coram quo, quomodo peracta fuerit vindicatio, eleganter exponit GAJUS: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in jus adferri adducive possent, in jure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat: deinde ipsam rem apprehendebat, velut hominem, et ita dicebat:* HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM, SICUT DIXI: ECCE TIBI VINDICTAM INPOSUI; *et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat: cum uterque vindicasset, Praetor dicebat:* MITTITE AMBO HOMINEM: *illi mittebant: qui prior vindica* (verat, ita alterum interroga) *bat:* POSTULO, ANNE DICAS, QUA EX CAUSA VINDICAVERIS: *ille respondebat* * * * * * * * * * SICUT VINDICTAM INPOSUI: *deinde qui prior vindicaverat, dicebat;* QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO: *adversarius quoque dicebat* SIMILITER EGO TE. * * * * * *asses sacramenti nominabant: deinde sequebantur quaecumque* (si) *in personam ageretur: postea Praetor secundum alteram eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vin-*

vindiciarum, id est, rei et fructuum: alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat: festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; max*ime* (enim) *sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent: unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur* (7).

Igitur vidimus, quid ut quis actionem in rem instituere possit, requiritur: quae quamvis satis cognita, eo magis mihi videbantur repetenda, quod in hac §. nobis proposueramus, inquirere an mulieribus tale jus etiam competeret. Et sane hic, GAJI Veronensis locus in memoriam est revocandus, ubi sequentia inveniuntur verba.

„ *Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt: an autem possessio adquiratur quaeri solet, quia ips*a*s non possidemus*" (8).

Ex hoc loco apparet, feminas, simul ac in manum viri conveniunt omnia bona sua amittere, eorumque dominium ad virum transire. Cum vero ad in rem actionem instituendam requiratur, ut dominium a parte actoris probetur, facile sequitur feminis in manum positis hancce actionem non posse concedi, utpote quae hoc dominium non habent.

Prae-

(7) Cf. GAJUS *Comm.* IV. §. 16. *et* E. DUPONT *disquisit. in Commentarium* IV. *Inst.* GAJI *pag.* 19.
(8) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 90.

Praeterea feminis in rem actionem instituere non esse concessum, GAJUS alio loco etiam affirmat, quando dicit (9).

„*In summa sciendum* est, *his* qui in *potestate*, „*manu*, *mancipiove sunt*, *nihil in jure cedi posse* „*cum enim istarum personarum*, *nihil suum esse* „*possit*, *conveniens est*, *scilicet*, *ut nihil* omnino „*in jure vindicare possint*."

Qui locus confirmatur praecedenti §. 87. *lib.* II. ubi dicitur. „*Igitur*, (quod) *liberi nostri*, *quos* „*in potestate habemus*, *item* quod *servi* (nostr) *i* „*mancipio accipiunt*, *vel ex traditione nanciscun-* „*tur*, *sive quid stipulentur*, *vel* ex * alia * *qualibet* „*causa adquirant*, *id nobis adquiritur*: *ipse* * is * „*enim*, *qui in potestate nostra est*, *nihil suum* „*habere potest*. *Et ideo si heres institutus sit*, „*nisi nostro jussu*, *hereditatem adire non potest*; „*et si jubentibus nobis adierit*, *hereditatem no-* „*bis adquirit*, *proinde atque si nos ipsi heredes* „*instituti essemus*. *et convenienter scilicet legatum* „*per eos nobis adquiritur*."

Quod autem ad feminas in tutela attinet, videntur illae re vera habuisse jus actionis in rem instituendae: etenim quae mulieres perfectae aetatis erant, ipsae sibi negotia tractabant (10). Habebant jus alienandarum rerum mancipi tutore auctore; nec mancipi etiam sine tutoris auctoritate (11). Quod si jam rerum suarum quocumque modo possessionem amiserant, profecto etiam jus

(9) *Comm.* II. §. 96.
(10) Cf. GAJUS *Comm.* I. §. 190.
(11) Cf. GAJUS *Comm.* II. §. 80.

jus habebant illas repetendi, actionemque instituendi. At mulieres in jure ipsae agere non potuisse videntur, sed opus habuisse tutore, cognitoreve qui nomine tutorio aut cognitorio pro iis ageret. Hic intentionem ex persona mulieris sumebat, condemnationem autem in suam personam convertebat (12). Haec fere jura fuerunt foeminarum in tutela, quod ad actionum instituendarum rationem attinet postquam legis actiones in desuetudinem abierant.

Idem obtinuisse videtur dum legis actiones adhuc vigebant; ex loco saltem GAJI I. §. 184, illud conficere possumus. „ Olim cum legis actiones in usu „ erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter „ tutorem et *mulierem* pupillumve legis actione agen„ dum erat, nam * * * * * * *quia ipse in re sua* „ *auctor esse non poterat*, alius dabatur, quo auc„ tore * * * * * * * * * * * * actio peragеretur: qui „ dicebatur praetorius tutor." Quum autem hic dicatur *quia ipse in re sua auctor esse non poterat*, ex inde sequitur tutorem in *ceteris causis* mulieri auctorem fuisse, actionemque pro illa instituisse. At, dicat quis, apud GAJUM IV. §. 82. legimus neminem, dum legis actiones adhuc vigebant, alterius nomine, agere potuisse *nisi pro populo, et libertatis causa?* — In JUSTINIANI vero Institutionibus IV. *tit.* 10. *pr.* legimus „ pro populo, pro libertate, *pro tutela.*" Ex quo forte loco concludere possumus etiam GAJUM *pro tutela* in suis commentariis scripsisse, illaque vocabula excidisse, vel certe obvia fuisse apud eum scriptorem, quem hoc loco in Institutionibus secutus est Tribonianus.

§.

(12) Cf. GAJUS *Comm.* IV. §§. 83—86.

§. 2.

De actione instituenda in personam.

Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quae traditur in *leg.* 25. *ff. de act.* ut scilicet sit actio, quae oritur ex obligatione, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, dandum vel praestandum, et semper adversus eumdem locum habet: haec dico, descriptio actionis a GAJO paucis tantum verbis datur (13), inter quae lacuna occurrit, ejus quidem naturae ut non facile mihi supplenda videatur, quamvis definitio ipsa satis cum illa quae in *leg.* 25. *ff.* occurrit, conveniat: dicit enim GAJUS: „*In personam* „*actio est qua agimus* * * * * * * * * *aliove*, „*qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obliga-* „*tus est*, *id est*, *cum intendimus*, *dare*, *facere*, „*praestare oportere.*"

Actiones igitur in personam quum ex contractu vel ex delicto oriantur, I°. num illas habuerint uxores in manu, II°. num mulieres in tutela iis agere potuerint, videndum est.

I°. *Uxor in manu:* 1°. *Ex contractu.* Quaestio primum oriri posset num uxor in manu contractu aliquem obligare potuerit: ex loco GAJI III. §. 163. affirmando respondendum videtur.

Ibi enim haec legimus. „Expositis generibus obli- „gationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi „sumus, adquiri nobis non solum per nosmet ip- „sos, sed etiam per eas personas, quae in nostra po-

(13) Cf. GAJUS *Comm.* IV. §. 2.

„ potestate, *manu*, mancipiove sunt." Ex vocabulo *manu* conficere possumus etiam uxores in manu contractu aliquem obligare potuisse, v. g. stipulando. Neque, cum servis liceret stipulari, ullam causam invenio quapropter illud mulieribus in manu negatum fuisse diceremus. *Add.* GAJUS II. 86. *et* 87. Dicit vero §. 90. proprietatem nobis acquiri per eas personas quas *in manu* mancipiove habemus; *ex omnibus causis:* Igitur etiam ex causa stipulationis. Non vero mulier in manu, ex contractu aliquem *sibi* obligabat, sed *marito*, quod ex GAJI loco notabili apparet, II. §. 77. „ In summa sciendum „ est, his qui in potestate, *manu*, mancipiove sunt, „ nihil in jure cedi posse. Cum enim istarum per„ sonarum *nihil suum esse possit*, conveniens est „ scilicet, ut *nihil omnino in jure vindicare pos„ sint.*" Stipulando igitur, mulier in manu marito, non sibi, aliquem obligabat. Ex inde sequitur etiam maritum ex hac stipulatione actionem in personam acquisivisse, ipsam vero mulierem in manu nullam ex contractu actionem habuisse.

2°. *Ex delicto.* Jam primo apparet mulierem ex tribus delictorum generibus *furto* scilicet, *rapina*, et *damno*, nullam actionem in personam instituere potuisse: nam quum nihil proprium haberet, nihil etiam ei furto aut rapina auferri, vel damno affici, potuit: marito enim omnium bonorum domino, ex his tribus delictorum generibus actiones competebant descendentes. Unam igitur tantummodo uxor, quae in manum convenerat, actionem in personam mihi videtur habuisse, scilicet *injuriarum:* quod cum ex *ff.* tum ex GAJO nostro conficere possumus. In *l.* 1. *ff.* §. *ult. de Injur.* sic legimus. „ Idem „ ait

„ ait (Neratius) ex una injuria interdum tribus „ oriri injuriarum actionem, neque ullius actionem „ per aliam consumi: ut puta uxori meae filiae „ familias injuria facta est: et mihi, et patri ejus, „ et *ipsi* injuriarum actio incipiet competere." Et „ apud GAJUM III. §. 221. „ Item per uxores nos„ tras, *quae in manu nostra sunt*, itaque si ****** „ filiae meae, quae TITIO nupta est, injuriam fece„ ceris, *non solum filiae nomine* tecum agi inju„ riarum potest, verum etiam meo quoque et TITII „ nomine."

II. *Mulier in tutela.* Haec omnes fere actiones in personam habuisse videtur. Sua etenim negotia ipsa sibi tractabat, ita ut in quibusdam causis dicis tantum gratia tutor interponeret auctoritatem. Vid, GAJ. I. 190. Res v. g. nec mancipi sine tutore auctore alienare poterat GAJ. II. 80. et hoc modo pecuniam mutuam dare, atque sic obligationem contrahere, GAJ. II. 81. Quin et stipulando aliquem sibi obligare, GAJ. III. 108. Ex quibus omnibus concludere debemus mulieres, quum ex contractu obligare possent, etiam exinde actiones in personam habuisse. Quod autem ad actiones attinet quae ex delicto nascuntur, hac de re nullum dubium moveri potest, quum ratio qua propter istae actiones uxoribus in manu non competebant (uti supra vidimus) ad mulieres in tutela non pertineat. Unam tamen actionem in personam (scilicet ex quasi contractu) illas non habuisse refert GAJUS I. 191. nimirum *tutelae:* quia saepe etiam invitus auctor fieri tutor a Praetore cogebatur.

TANTUM.

THESES.

I.

Rectissime illi sentiunt, qui existimant, juris civilis scientiam consistere non tantopere in arte ratiocinandi, aut contemplatione, vel intellectu ejus, quod naturalis ratio aequitasque dictet, quam in historica cognitione ejus, quod de quaque re, auctoritate eorum, quos penes jura constituendi est potestas, cautum sancitumque sit, ejusque prudenti interpretatione, adhibita quoque aequitate, ubi de legislatoris verbis vel intentione dubitatio exoritur.

II.

Ad veram civilem prudentiam illud maxime est necessarium, res quasque quam altissime repetere: et, cum jura civilia non omnia simul nata et absoluta fuerint; sed primo ortum, dein tempore et mutata rerum conditione illud exigentibus, frequenter incrementa, mutationes et non nisi sensim perfectionem acceperint, eorum occasiones, causas, origines, progressus, vicissitudines, compertas habere.

III.

III.

Prudenter CELSUS, JCtus, *lege 17. ff. de legibus Senatusconsultisque*, monuit; „*scire leges non* „*hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*," quo ipso non negat JCtus, verba legum esse investiganda, et eorum significationem perscrutandam, sed potius innuit ad perfectam legum cognitionem non sufficere intellectum verborum genuinum, sed praeterea mentem earum eruendam ex rationibus vel naturalibus, vel politicis, quibus legislator inductus legem quamdam promulgavit, subditisque praescripsit.

IV.

Vere et pulcre Imperatores LEO et ANTHEMIUS, *in lege 14. Cod. de Adv. divers. judiciorum*: "
„ Advocati, qui dirimunt ambigua fata causarum,
„ suaeque defensionis viribus in rebus saepe pu-
„ blicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata repa-
„ rant, non minus provident humano generi,
„ quam si proeliis atque vulnieribus patriam paren-
„ tesque salvarent. Nec enim solos nostro impe-
„ rio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis
„ et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: mi-
„ litant namque causarum patroni, qui gloriosae
„ vocis confisi munimine, laborantium spem, vi-
„ tam, et posteros defendunt."

V.

Pulcre neque minus vere ULPIANUS *in lege 1. §. 1. ff. de just et jure*, dicit: „ Juris merito quis
„ nos sacerdotes appellet: justitiam namque coli-
„ mus, et boni et aequi notitiam profitemur: ae-
„ quum ab iniquo separantes, licitum ab illicito
dis-

„ cernentes: bonos non solum metu poenarum, „ verum etiam praemiorum quoque exhortatione „ efficere cupientes: veram (nisi fallor) philoso„ phiam, non simulatam affectantes."

VI.

Ea rerum humanarum ratio est, ut nihil tam praeclarum, nihil exactum, tam omnibus numeris absolutum reperiatur, quin naevis quibusdam deformetur ac maculis. Non mirandum igitur, si etiam in pulcerrimo juris corpore attente et accurate singula rimanti, nonnulla sese offerunt, virisque maximis animadversa sunt, quorum nomine JUSTINIANUS, ejusque in difficili hoc maximique momenti negotio administri, TRIBONIANUS cum collegis, non immerito reprehendantur.

VII.

Liberis mortuis ante annum aetatis 18. parentes eorum non retinent usumfructum bonorum.

VIII.

Priore matrimonio soluto, mulier si intra 10 menses post prius matrimonium solutum novas nuptias contraxerit, novae illae nuptiae non videntur nullae posse declarari.

IX.

Masculi majores 30 annis, foeminae vero majores 25 annis, si semel parentum petierint consilium, secundum *Art.* 151. *Cod. Civ.* et consensum non impetraverint, post unius mensis lapsum, videntur posse nuptias inire.